Convención Americana sobre Derechos Humanos

Comentario

Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores)

AUTORES

Federico Andreu
Thomas Antkowiak
Carlos Ayala
Mary Beloff
Eduardo Bertoni
José Luis Caballero
Jesús María Casal
Cristián Correa
Christian Courtis
Gina Donoso
Ariel Dulitzky
Pilar Elizalde
Eduardo Ferrer
Alejandra Gonza
Marco Huaco
Juana María Ibáñez
Leonardo Martins
Javier Mujica
Claudio Nash
Alejandra Nuño
Carlos Pelayo
Miguel Rábago
María Rivero
Gabriela Rodríguez
Oswaldo Ruiz
Néstor Sagüés
Luz María Sánchez
Liliana Tojo
Rodrigo Uprimny
Carlos J. Zelada





Convención Americana
sobre
Derechos Humanos

COMENTARIO

Christian Steiner / Patricia Uribe (editores)

Con contribuciones de:

Federico Andreu
Thomas Antkowiak
Carlos Ayala
Mary Beloff
Eduardo Bertoni
José Luis Caballero
Jesús María Casal
Cristián Correa
Christian Courtis
Gina Donoso
Ariel Dulitzky
Pilar Elizalde
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Alejandra Gonza
Marco Huaco
Juana María Ibáñez
Leonardo Martins
Javier Mujica
Claudio Nash
Alejandra Nuño
Carlos Pelayo
Miguel Rábago
María Rivero
Gabriela Rodríguez
Oswaldo Ruiz
Néstor Sagüés
Luz María Sánchez
Liliana Tojo
Rodrigo Uprimny
Carlos J. Zelada

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19C-74, piso 2
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores
Christian Steiner
Patricia Uribe

Coordinación Editorial
Nadya Hernández Beltrán
Ginna Rivera Rodríguez

Impreso en Bolivia por Plural editores en junio de 2014
DL: 4-1-1363-14
ISBN: 978-99954-1-593-8

La publicación e impresión de la edición boliviana de esta obra contó con el apoyo de la Cooperación Alemana a través de Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GmbH) GIZ y su Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE).

Nota aclaratoria:

La presente publicación es resultado de un proyecto de reflexión de largo plazo, los contenidos del Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos reflejan la jurisprudencia más relevante en la materia, hasta el segundo semestre de 2012. En igual sentido se encuentra la valoración de la coyuntura de reforma del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, frente a la cual se incorporaron breves referencias.

Con el objetivo de brindar una orientación sobre los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no forman parte de los comentarios, pero que tienen un impacto en la interpretación de los derechos contenidos en la Convención Americana, a continuación se enlistan algunas sentencias:

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257. Con especial relación al derecho a la vida y la protección a la familia.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Con especial relación a los derechos de los pueblos indígenas, y el consentimiento libre, previo e informado.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Con especial referencia al derecho a la libertad de expresión.

Prólogo Ruddy José Flores Monterrey

La honrosa oportunidad de presentar el Prólogo de la obra *Convención Americana sobre los Derechos Humanos Comentada,* procurada con el aporte de Konrad Adenauer Stiftung, que presenta las contribuciones y la experiencia de jurisconsultos, maestros, expertos, con semblanzas muy destacadas en la materia, comprende el aprecio muy profundo del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, que como guardián de la Constitución Política del Estado, tiene la gran misión de precautelar el respeto y garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos en nuestro territorio.

El reconocimiento y efectiva protección de los Derechos Humanos como garantías esenciales del ser humano, individual y colectivamente, se asume por la comunidad internacional como una prioridad, más aún cuando se plantea que los mismos superan los intereses propios de los entes estatales y atienden un estado de naturaleza que no puede quedarse únicamente en una visión antropocéntrica, sino integral respecto de la naturaleza y todas las formas de vida atendiendo también a las normas de pluralismo jurídico que se viene adoptando en Estados latinoamericanos.

En ese propósito, emerge el sistema universal de protección de los Derechos Humanos, mismo que a través de la Organización de las Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la protección de los Derechos Humanos, tal como dispone la Carta constitutiva, promociona y estimula el respeto por los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, lengua o religión. Esas tareas comprenden procedimientos especiales, a través de la designación de relatores especiales, de expertos independientes, grupos de trabajo, desarrollo normativo, supervisión, acciones en el terreno, así como brindar asesoría en la materia a las estructuras y Estados Partes del Organismo Internacional, actuando también como Secretaria del Consejo de Derechos Humanos, órgano intergubernamental principal de las Naciones Unidas encargado de los Derechos Humanos.

El sistema universal comprende también mecanismos específicos que emergen de Tratados Internacionales Multilaterales de Protección de los Derechos Humanos, verbigracia, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, entre muchos otros, que como Órganos Convencionales disponen en sus estructuras, procedimientos de protección, estableciendo el rol de Comités, Relatorías Especiales, Informes de los Estados Parte, para observar su cumplimiento.

Es pertinente destacar que esa protección de los derechos humanos, han asumido dimensiones integrales que permitan el ejercicio de los mismos, como se observa de la Resolución 64/294 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 28 de julio de 2010, intitulada *Derecho Humano al Agua,* que en su primer parágrafo dispositivo "*Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*", asumiendo la humanidad su existencia en interrelación, interacción e interdependencia con su hábitat. Compromisos que son reafirmados por la comunidad internacional en la Resolución de la Asamblea General 63/278, *"reconociendo que la Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar, y convencida de que para alcanzar un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza y la Tierra"*.

La labor universal, se complementa de forma autónoma e independiente con los Sistemas Regionales de protección de los Derechos Humanos, a saber, el Interamericano, Europeo y Africano, que forman parte de la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Africana, respectivamente. Caracteriza a esos sistemas regionales, que los mismos emergen de la voluntad de los Estados que la componen, los cuales con la celebración y ratificación de los Tratados Internacionales constitutivos, establecen un orden jurídico internacional de protección de alcance regional, que compromete también un catálogo de responsabilidades internacionales para sus miembros.

El sistema interamericano, destaca entre sus instrumentos constitutivos: la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención

Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), los Estatutos y Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros Protocolos y Convenciones que desarrollan el sistema de protección de derechos humanos en la región.

La estructura regional comprende: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que inicia sus actividades en 1960, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostuvo su primera reunión en junio de 1979 en la sede de la OEA, instalándose en su Sede en San José de Cost a Rica en Septiembre del mismo año.

A casi 35 años de labor de la Corte, cumple destacar que la Jurisprudencia que emana de la aplicación de esos cuerpos normativos internacionales, han configurado la fuente principal para la materialización de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Labor jurisdiccional de la Corte Interamericana, que evidencia un progresivo desarrollo del diálogo jurisdiccional que se establece entre ésta y los Órganos jurisdiccionales nacionales (Tribunales, Cortes o Salas constitucionales) y entre estos mismos, respecto de la protección de los Derechos Humanos en la región.

En ese marco, la obra intitulada "Convención Americana de Derechos Humanos Comentada" se erige como una herramienta de trascendental importancia, por los estudios y aportes que desarrollan antecedentes tan prolijos, que contextualizan y describen plenamente los procesos constructivos de negociación hasta la celebración misma del Tratado Internacional, esfuerzos que no quedan únicamente en una tarea descriptiva, sino que avanza en identificar la experiencia jurisdiccional de la aplicación del Pacto de San José, a través de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, complementada extraordinariamente con la doctrina que nutre y contribuye a la consolidación del Sistema, destaca también la emergencia de diálogos interjurisdiccionales con otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

Destaca la obra la doctrina del Control de Convencionalidad que viene desarrollando la jurisprudencia de la Corte, como un control complementario a los controles de derecho interno, que surge en el caso Almonacid Arellano contra Chile, desarrollado en el caso "Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú" y otros 13 adicionales referidos en el análisis del Preámbulo de la Convención.

Esa doctrina, ha tenido amplia acogida particularmente en estados que tienen un control difuso, como en el que incursiono México con las reformas de 10 de junio de 2011 a su Constitución Federal, que comprende un reconocimiento amplio de la internalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Otros países latinoamericanos han recogido y reconocido en sus Constituciones la preminencia constitucional de esos Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. En ese proceso el Estado Plurinacional de Bolivia, en la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, en su artículo 410.II dispone que *"El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país".*

Al respecto, es importante puntualizar que se tratan de ordenamientos jurídicos autónomos y diferenciados uno del otro, uno de carácter nacional y el otro de carácter internacional, coadyuvante y complementario de este último respecto del nacional, cada uno con fuentes, reglas y principios propios para su observancia y cumplimiento, procesos que asumen interacciones e interdependencias más complejas, principalmente partiendo del reconocimiento de que esos derechos esenciales del hombre que *"no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".*

Consecuentemente, la doctrina de Control de Convencionalidad podría asumir dimensiones más allá de las que se reconoce en los instrumentos constitutivos de la Corte, debiendo en contrario fortalecer el carácter coadyuvante y complementario expresado en el Preámbulo de la Convención, exigiendo

en su caso que los Estados cumplan plenamente con sus responsabilidades dispuestas en el Artículo 2 de la Convención que señala la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales, no correspondiendo esa tarea a un Organismo Internacional.

Esa situación se hace más compleja respecto de Estados como el boliviano, en el que se adopta un control concentrado de constitucionalidad, donde los jueces o cualquier autoridad administrativa, que considere que una norma vulnera la constitución o un Tratado Internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, corresponde plantear de oficio o a petición de Parte, la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, para que el Tribunal Constitucional Plurinacional, como interprete último de la Constitución, disponga su expulsión o no del ordenamiento jurídico.

Entendiéndose que el Estado boliviano, adoptó un procedimiento interno observando lo dispuesto en el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no comprende un Control difuso de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, sino como parte de un bloque de constitucionalidad, que comprende internamente un control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional. ¿Podría acaso señalarse responsabilidad estatal sin conocer el fallo de esta última instancia nacional? ¿Más aún si consideramos el carácter subsidiario del Sistema Interamericano?

Estas reflexiones iniciales, llevan a considerar que el desarrollo jurisdiccional debe profundizar y priorizar el dialogo interjurisdiccional, asumir la prudencia que amerita el desarrollo de relaciones interestatales y sean las instancias jurisdiccionales y administrativas nacionales las que definitivamente se constituyan en los instrumentos más eficientes de protección de los derechos humanos, entendiendo a la Litis como ultima ratio, para el respeto y garantía de los derechos humanos.

De esta forma invitamos al lector a involucrarse plenamente en la obra *Convención Americana sobre los Derechos Humanos Comentada,* por los valiosos aportes que brinda la misma para la reflexión, análisis, investigación, desarrollo y consolidación de la labor de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, así como del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y el aporte que comprende a la comunidad internacional en su conjunto.

Ruddy José Flores Monterrey
Magistrado Presidente
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Prefacio de Diego García Sayán

Quiero agradecer la invitación para presentar este prólogo a este volumen sobre la *Convención Americana de Derechos Humanos Comentada*, la cual servirá de guía para el estudio sobre el sentido de cada uno de los derechos y obligaciones establecidos en la CADH y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta será, sin duda, una importante herramienta de interpretación de los estándares internacionales desarrollados en el sistema regional de protección de los derechos humanos.

Han pasado más de cuarenta años desde la creación y más de tres décadas de la entrada en vigor de la Convención Americana.[1] Este instrumento internacional contiene un catalogo de derechos y obligaciones inviolables para la persona humana, a la vez que instaura un sistema de protección regional de los derechos fundamentales de las personas, que comprende la Comisión IDH y la Corte IDH. Son 20 los Estados que han ratificado la Convención Americana y han aceptado la jurisdicción de la Corte, a saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, y Uruguay.

La Corte Interamericana viene cumpliendo, desde hace más de 30 años, un importante papel como el único tribunal internacional de América que trabaja en la defensa y protección de los derechos fundamentales de más de 500 millones de seres humanos. Como es sabido, la Corte es complementaria y supletoria de los tribunales nacionales adonde las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden recurrir para hacer valer sus reclamos. Al tiempo que resuelve casos, con sus sentencias, va marcando rumbos en la protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de las tribunales nacionales.

El mandato de la Corte radica en la ejecución de tres funciones: conocer y resolver violaciones de derechos humanos en casos concretos, supervisando su propio cumplimiento; dictar medidas provisionales; y ejercer su función consultiva. Cabe destacar que sus sentencias poseen un doble efecto: por un lado funcionan como intérprete último de la Convención y por el otro lado, solucionan los conflictos del caso concreto. La propia tarea de interpretar dota de contenido los derechos fundamentales establecidos en el mencionado tratado, a un ritmo paulatino y consciente de que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la CVDT.

En sus primeros años de funcionamiento la Corte se pronunció poniendo el foco en la problemática de la desaparición forzada de personas. Con el paso del tiempo, conoció de casos sobre diversas y complejas temáticas relativos a la ejecución extrajudicial, masacres, torturas, integridad personal, libertad personal, leyes de amnistía, jurisdicción militar, debido proceso y garantías judiciales, pena de muerte, libertad de expresión, pueblos indígenas, género, discriminación por orientación sexual, niñez, personas privadas de libertad, entre otros. Mientras escribo estas líneas se discuten en el Tribunal las alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la prohibición general de practicar la Fecundación in Vitro desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Es así como, mediante sus sentencias, la Corte ha ido edificando el patrimonio jurídico propio, estableciendo los parámetros a seguir en materia de estándares de protección de los derechos humanos en los ámbitos locales.

[1] La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 16 de junio de 1978.

Aquí, el trabajo de la Corte Interamericana se presenta como decisivo a la hora de fortalecer la defensa de los derechos fundamentales en las jurisdicciones domésticas. De este modo, los Estados que han ratificado la Convención, y más aquellos que han aceptado la competencia de la Corte, se obligan a cumplir con estos compromisos internacionales en el orden interno y a incorporar el desarrollo jurisprudencial de la Corte directamente en sus jurisdicciones nacionales. Este compromiso se ve reflejado en muchos de estos Estados que han incorporado a sus Constituciones los tratados internacionales de derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional.

En este sentido, los Estados parte de la Convención Americana se comprometen a cumplir con una doble obligación estipulada en el artículo 1.1 de la Convención. Por un lado, los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades absteniéndose de afectar arbitrariamente los derechos y libertades reconocidos. Al mismo tiempo, a garantizar su libre y pleno ejercicio. Este deber general al que se encuentran obligados los Estados posee un carácter *erga omnes*, según el cual se debe respetar y hacer respetar las normas de protección de la Convención bajo cualquier circunstancia en pos de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos.

En relación a esto último, y en conexión con el artículo 2 de la Convención, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades. Ello implica que el Estado debe crear las condiciones necesarias para garantizar su libre y pleno goce, a la vez que se obliga a remover aquellos obstáculos que lo impidan, todo lo cual ya ha sido reiterado exhaustivamente por la jurisprudencia de la Corte.

Al respecto, la obligación convencional exige poner en marcha todo el aparato estatal para la promoción y protección de los derechos humanos. Aquí, los operadores jurídicos, en particular los órganos de la administración de justicia, sus jueces, fiscales y defensores públicos, poseen un papel preponderante en exigir la convencionalidad, a través de la aplicación de las normas, los estándares y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, como parte integrante del eslabón estatal obligado a efectivizar estos derechos.

La tarea de la Corte Interamericana tiene un gran impacto hacia el interior de los Estados, a través de la resolución de conflictos en el caso concreto, el dictado de medidas de reparación y la supervisión de su cumplimiento. Muestra de ello es que las instituciones nacionales, como los órganos de la administración de justicia y sus operadores, han incorporado, paulatinamente, no sólo las normas de los tratados internacionales de derechos humanos, sino también los criterios jurisprudenciales interamericanos, coadyuvando, a través de sus propios pronunciamientos, a la interpretación de los instrumentos internacionales y al desarrollo de nuevos estándares internacionales en la materia.

Esta viva interacción entre las normas internacionales de derechos humanos y los principios y normas del ámbito interno se retroalimenta permanentemente y se encuentra en constante movimiento. Le otorga especial dinamismo a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, en la perspectiva de garantizar y efectivizar los derechos humanos, internacionalmente protegidos, en el plano nacional a través de la exigibilidad de la Convención en los procesos domésticos. En este sentido, cabe destacar que el papel de la sociedad civil representa otro ángulo en la exigibilidad de cumplimiento de la Convención. Los individuos pueden acceder a la justicia y exigir su cumplimiento, impulsando y participando directamente de los procesos de reclamo de sus derechos o en la búsqueda de la verdad, por medio de la interpretación o aplicación que los jueces hagan de ella y de los estándares obligatorios de la Corte.

Al respecto, reitero mis palabras en el discurso pronunciado ante la XLI Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en junio de 2012, “El proceso de creación jurisprudencial de la Corte a través de la cual se ventilan casos contenciosos y medidas provisionales, ha tenido y tiene un creciente impacto en algunas redefiniciones normativas e institucionales al interior de los Estados. Que se han traducido en mejoras concretas en la garantía para los derechos humanos”.

En este orden de ideas, varias de las jurisdicciones domésticas, en particular las Cortes Supremas y Constitucionales, han incorporado progresivamente, y de modo sistemático, el derecho internacional de los derechos humanos y las interpretaciones que de ellos hace la Corte Interamericana. En efecto, la administración de justicia de los Estados cada vez ejerce más y mejor el denominado *control de convencionalidad* a través de sus órganos y jueces, lo que implica realizar de oficio un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención. Este ejercicio que se plasma en las sentencias nacionales, brinda mayor legitimidad al sistema de protección regional y, a su vez, mejora las condiciones de vida de la población americana, todo lo cual, constituye un importante avance en el fortalecimiento del sistema interamericano de protección.

Al mismo tiempo, la Corte es receptora y se nutre de los pronunciamientos que los jueces nacionales hacen sobre la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos de la Convención e, inclusive, de las sentencias interamericanas. Es a través de esta interacción entre las interpretaciones de los jueces nacionales y la de la justicia interamericana que surge un dinámico *diálogo jurisprudencial*, que contribuye al desarrollo de nuevos estándares internacionales de protección en derechos humanos y fortalece los propios sistemas jurídicos nacionales e interamericano.

Mientras escribo este prólogo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México se pronuncia sobre la exigibilidad del control de convencionalidad, en un fallo histórico sobre el uso de la justicia militar (*Caso Bonfilio Rubio Villegas*), en el que la Suprema Corte restringió el uso del fuero militar para procesar casos de violaciones a los derechos humanos perpetradas por militares contra civiles. En efecto, los jueces declararon inconstitucional el artículo del Código de Justicia Militar que permitía esta práctica, argumentando que era contrario a su Constitución y a la Convención así como al criterio fijado por la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco* con relación a que ningún caso de vulneración de derechos contra civiles puede ser juzgado en el fuero militar.

El ejemplo mencionado, demuestra que los pronunciamientos de la Corte Interamericana son, cada vez más, un parámetro confiable y certero de interpretación para los órganos estatales sobre las normas de la Convención, impactando sus decisiones directamente en la actuación de los actores de la justicia y su administración nacional con el objeto de garantizar y hacer efectivos los derechos humanos de los individuos.

Finalmente, quiero destacar que en la realización del presente libro han participado autores de gran trayectoria en la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. El análisis de los desarrollos jurisprudenciales que se esbozan en cada uno de los acápites son el resultado de un exhaustivo estudio de la jurisprudencia interamericana enriquecida, además, por la doctrina y jurisprudencia que emana de otros órganos internacionales de protección de derechos humanos, como así también del ámbito académico de excelencia.

Precisamente, el conocimiento y difusión de esta obra pretende servir a aquellos que dedican su trabajo a la defensa y protección de los derechos humanos de las personas que habitan las Américas a la vez que estoy seguro redundará en una utilidad para el trabajo académico destinado a la educación y formación de una conciencia jurídica respetuosa de los derechos humanos.

Diego García-Sayán
Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica, 05 de octubre de 2012.

Presentación de Dean Spielmann

Este libro, que me satisface presentar, es el primer comentario sistemático de la CADH en lengua española. Siguiendo el orden de los preceptos de la Convención, la obra presenta de manera sistematizada la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en lo que se refiere al contenido y alcance de los derechos sustantivos protegidos por la CADH, como a las cuestiones relacionadas con el procedimiento y el funcionamiento de los mecanismos de control creados por la CADH.

Como hacen notar los autores, la Corte Interamericana cita frecuentemente la jurisprudencia del TEDH a la hora de interpretar el significado de algunos de los derechos fundamentales garantizados en la Convención. Los autores han identificado múltiples referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en sentencias relativas al derecho a la integridad personal, las garantías judiciales, el derecho de reunión, la libertad de asociación o el principio de igualdad. Pero esta influencia no es unidireccional, puesto que el TEDH también incorpora en sus propios pronunciamientos los estándares interpretativos de la Corte Interamericana, como guía para la interpretación y aplicación de las propias normas del CEDH. Así, por ejemplo, cabe destacar la influencia de la jurisprudencia del sistema interamericano en sentencias del TEDH sobre temáticas tan dispares como las desapariciones forzadas, el principio del non bis in idem, la violencia doméstica o la obligatoriedad de las medidas provisionales.

A pesar de las distintas realidades históricas, políticas y sociales de los dos continentes en donde operan las dos jurisdicciones, la evidente similitud de sus tratados internacionales fundacionales, la Convención Americana y el Convenio Europeo, explica en gran medida la utilidad de la argumentación comparada y la influencia recíproca entre ambas cortes. Pero también existe una creciente similitud de los supuestos de hecho y de los casos planteados ante las dos jurisdicciones regionales, sobre todo a raíz de la caída del muro de Berlín y de la incorporación al sistema del Convenio de nuevos Estados democráticos con problemáticas similares a las de algunos países de Latinoamérica. Todo ello ha permitido establecer una notable convergencia en la jurisprudencia de ambos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, contribuyendo al mismo tiempo a desarrollar y fortalecer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta suerte de diálogo o interacción judicial entre la Corte de San José y el Tribunal de Estrasburgo no hubiera sido posible sin la existencia de una relación institucional fluida entre ambas jurisdicciones. Desde hace años, y a pesar de la distancia física, delegaciones de jueces de ambos tribunales han realizado visitas oficiales al otro lado del Atlántico y han participado en seminarios judiciales con la finalidad de intercambiar conocimientos y experiencias. Gracias a esta relación, hemos tenido amplia ocasión de intercambiar ideas sobre la evolución de los dos sistemas de protección, así como de estudiar posibles vías para reforzar los vínculos institucionales, entre otras, a través de un programa de intercambio profesional entre letrados al servicio de las dos secretarías.

Estoy convencido de que la presente obra será de gran utilidad, no sólo para la comunidad jurídica del continente americano, sino también para aquellos que desde Europa trabajamos para la protección y la defensa de los derechos humanos, tanto desde la práctica del Derecho como desde el mundo académico. El método comparado y el diálogo entre instancias judiciales nacionales e internacionales es cada día más un instrumento esencial para el desarrollo y la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. Pero dicho diálogo debe tener como premisa básica el seguimiento y el conocimiento mutuo de las respectivas jurisprudencias. Obras como ésta contribuyen sin duda alguna a una mayor divulgación y conocimiento, a ambos lados del Atlántico, de la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Dean Spielmann
Presidente
Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Estrasburgo, 9 de julio de 2013.

Convención Americana
sobre
Derechos Humanos

COMENTARIO

Introducción general

Índice

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer tiene el gusto de presentar el Comentario a la CADH. Esta obra colectiva tiene como punto cardinal brindar una herramienta accesible para conocer el alcance de los derechos de este instrumento regional. El Comentario resume de forma concisa e integral la interpretación realizada sobre un determinado artículo que ha realizado, principalmente, la Corte IDH, como órgano del sistema interamericano facultado para ello, incluye además las opiniones académicas relevantes, las referencias al sistema internacional de derechos humanos y de derecho comparado, que puedan ayudar a perfilar y contextualizar la interpretación de un determinado precepto.

El material que el lector tiene en sus manos es el esfuerzo colectivo de expertos internacionales de todo el continente, el cual inició en diciembre de 2011 cuando la Fundación Konrad Adenauer seleccionó al grupo de destacados juristas, y giró las primeras invitaciones para participar en este material inédito. Al momento de iniciar esta empresa, la Fundación dio cuenta de varios fenómenos relativos a la relación del sistema interamericano de derechos humanos y la situación política y jurídica de los países en la región.

En primer lugar, 25 naciones americanas han ratificado o se han adherido a la Convención Americana, este hecho por sí solo revela que la gran mayoría de los países en el continente se han comprometido en ser parte de un instrumento regional de protección de los derechos humanos, de adecuar su conducta y desplegar su aparato gubernamental en dar eficacia a los objetivos y valores consagrados en la Convención. Por otra parte, el movimiento de reformas constitucionales en algunos Estados, las cuales tienden los caminos necesarios para la sólida recepción nacional de los instrumentos internacionales, así como el bloque de constitucionalidad consagrado ya en las Constituciones de otros países.

Tercero, al interior de los países, los operadores jurídicos nacionales no suelen contar con una formación en derechos humanos y, no obstante, deben asumir los desafíos jurídicos que representan, por ejemplo, un litigio en el que se invoquen instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la aprobación en su país de una reforma constitucional en derechos humanos o el bloque

de constitucionalidad ya incorporado en su máximo ordenamiento legal que le obliga a interpretar las leyes a la luz y en conformidad con los derechos humanos como normas básicas regidoras de la relación Estado-ciudadano y, en algunos casos, incluso de la relación entre privados (conocido como eficacia horizontal).

Ante este panorama, resultaba imperativo contar con un instrumento eficiente, que facilitara la consulta de la jurisprudencia de la Corte a los operados jurídicos de toda la región, incluidos los abogados litigantes, defensores de derechos humanos y operadores de justicia. En el momento en que esta obra se publica se cuenta únicamente con compilaciones y digestos de la labor de la Corte, el Comentario a la Convención Americana va más allá, pues sintetiza el material disponible con el fin de hacerlo manejable por un grupo de usurarios mucho más amplio, partiendo de la base que los derechos consagrados en la Convención no son dominio exclusivo de los especialistas, sino un orden objetivo de valores que permea todo el ordenamiento jurídico, y que deben regir la aplicación e interpretación de los órdenes jurídicos nacionales como un todo.

Los comentarios que componen este material fueron elaborados en una primera ronda por los autores, y contrastados posteriormente en talleres privados y públicos en Argentina, Colombia, México y Perú, entre enero y mayo de 2012. En los talleres públicos los autores tuvieron la oportunidad de escuchar, de viva voz, por parte de Jueces, abogados litigantes, investigadores y defensores de derechos humanos, quienes recibieron previamente los borradores, la claridad, pertinencia y utilidad de los comentarios, como herramienta práctica en su actividad diaria. Agradecemos al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Campeche en México, la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico del Perú, y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en Argentina, quienes prestaron apoyo institucional y sus instalaciones para llevar a cabo los talleres públicos en las referidas fechas. De igual forma agradecemos a los operadores jurídicos que en el marco de dichos talleres pusieron a prueba, conjuntamente con los autores, los primeros borradores de los comentarios y así permitieron mejoras de la obra en una fase temprana.

Un profundo agradecimiento por parte de la Fundación Konrad Adenauer va dirigido a los autores por su alto compromiso y desinteresada dedicación a lo largo de este proceso que culmina con la publicación de este material. La composición del equipo de autores se hizo con el invaluable apoyo de Fabián Sánchez Matus quien también nos acompañó en los talleres de revisión con los autores y aportó importantes reflexiones a todo el proceso de elaboración del comentario. Asimismo reconocemos el apoyo de Romina Sijniensky, abogada de la Corte IDH, quien enriqueció el comentario con su experiencia y conocimiento profesional, y nos acompañó en el primer taller con los autores. De igual forma agradecemos el trabajo de Alejandra Negrete Morayta quien realizó una lectura integral de la obra, así como sugerencias y mejoras a los textos de los autores en relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En las labores de apoyo a los autores, revisión, edición, e indexación hicieron contribuciones esenciales también compañeras y compañeros del equipo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, ante todo Ginna Rivera, Nadya Hernández y Mariana Morales, así como varios practicantes quienes pusieron su compromiso y empeño en las labores encomendadas: Amelie Wirtz, Alexander Kamprad, Jella Forster-Seher, Eliane Pillichody, Christina Brüggemann y Larissa Beausencourt. A todos ellos se debe un especial agradecimiento.

Con este esfuerzo común el Comentario a la Convención Americana está destinado a la práctica jurídica. Se trata, pues, de facilitar la labor del abogado, del defensor de derechos humanos, del juez, letrado, y demás integrante del eslabón de la actividad jurídica, en cualquier lugar de Latinoamérica. Esperamos que el Comentario cumpla con su función y se nutra en los años venideros con una jurisprudencia mucho más especializada que demuestre una nueva etapa en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

I. Una nueva mirada al derecho internacional público desde los ámbitos nacionales

Hoy en día somos testigos de un interesante periodo para el derecho internacional, vivimos en una época de transformación sobre sus normas, eficacia, así como la relación que guarda con el derecho interno de los Estados. Hay una nueva mirada al derecho internacional desde los ámbitos nacionales, esto se debe a que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, de forma creciente han asumido obligaciones internacionales en muy diversas materias, las cuales se traducen en normas positivas que delimitan o conducen su actuar.

El proceso de codificación del derecho internacional inició en 1945 –bajo la impresión de la catástrofe humana de la Segunda Guerra Mundial– con el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas. La propia Carta de la Organización establece en su preámbulo la intención de los países signatarios de "[c]rear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional".[1] De esta forma el derecho internacional creció considerablemente durante la segunda mitad del siglo XX expandiendo su *corpus juris* para regular un gran número de materias, todas ellas del interés de la comunidad internacional.

Con el paso de los años, a nivel bilateral, regional, o multilateral, el derecho internacional ha expandido sus horizontes para regular áreas que van desde el uso de la fuerza internacional, el terrorismo, la responsabilidad penal internacional, el comercio internacional, el aprovechamiento de los recursos naturales, el calentamiento global, y muchos otros. Tal y como lo señala el anterior Presidente de la Corte IDH, y actual Juez de la CIJ, Antônio Augusto Cançado Trindade: "[e]xiste una preocupación legítima de la comunidad internacional respecto a las condiciones de vida de las personas en cualquier parte del mundo, y el derecho internacional no puede ser ajeno a ello".[2]

El derecho internacional de los derechos humanos, al ser una rama del derecho internacional público, no resultó ajeno al proceso de codificación tanto a nivel internacional como regional. Tras el término de la Segundo Guerra Mundial, los Estados estaban determinados a dignificar a la persona humana, a brindarle la protección internacional que fuera necesaria. En este cometido, las organizaciones internacionales y regionales jugaron un papel fundamental en el proceso de creación normativa.[3] Al inicio de sus labores, Naciones Unidas estableció como área prioritaria la identificación y elaboración de las obligaciones en materia de derechos humanos.

Este efecto codificador tuvo resonancia a nivel regional, inclusive, en algunos casos, las organizaciones regionales se anticiparon a la conclusión de tratados internacionales en materias que transformaron las obligaciones del Estado *vis-à-vis* sus ciudadanos. Tal fue el caso de la DADDH,[4] la cual fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, antes de que la Asamblea General de la ONU aprobara, el 10 de diciembre de 1948, la DUDH.[5]

Existió un consenso entre los Estados sobre el alcance e importancia de los derechos humanos, se estableció que éstos son inherentes a todas las personas, sin importar su nacionalidad, sexo, origen étnico, raza, religión, idioma o cualquier otro estatus; cada persona está igualmente protegida por los derechos humanos sin discriminación alguna. Además son universales e inalienables, están interrelacionados y son interdependientes e indivisibles, el avance de uno facilita el avance de los

[1] Carta de la Organización de las Naciones Unidas del 26 de junio 1945, entrada en vigor 24 de octubre de 1945.

[2] Cançado, Augusto, *International law for humankind. Towards a new jus gentium*, (Hague Academy of International Law Monographs, 6) Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 3.

[3] Simma, Bruno, *International human rights and general international law: A comparative analysis,* en IV (2) Collected Courses of the Academy of European Law 155, 1993, p. 174.

[4] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948).

[5] Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948).

demás, de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás, son iguales y no discriminatorios.[6]

La base fundamental que subyace en los derechos humanos es brindar las condiciones necesarias para la realización del potencial humano. En efecto, los tratados en materia de derechos humanos se encuentran dentro de los cuerpos normativos más importantes de nuestro tiempo.[7]

El principio de universalidad es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.[8] Todos los Estados han ratificado al menos uno de los principales tratados en derechos humanos, algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario, estableciendo obligaciones vinculantes para los Estados, aún en el caso en que el Estado no haya ratificado el instrumento internacional en cuestión.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos.

La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

1. El sistema internacional de derechos humanos

La Carta de las Naciones Unidas posicionó a los derechos humanos como un elemento fundamental en la esfera de las obligaciones internacionales, este fue el primer instrumento que empleó la terminología ‘derechos humanos’.[9] Dentro de los propósitos de esta organización se encuentra incluir la cooperación en la “promoción y alentar el respeto por los derechos humanos”.[10] El artículo 55 es el más importante en este ámbito pues establece que la Organización debe promover: “(c) el respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos y las libertades para todos sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. El artículo 56 establece que: “Todos los miembros se comprometen a emprender acciones de forma conjunta o separada en cooperación con la Organización para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55”.

Tras la adopción de la DUDH, en 1966 se adoptaron dos Pactos con carácter vinculante sobre derechos específicos: el PIDCP, y el PDESC. Posteriormente hubo un desarrollo mucho más especializado de protección, y se concluyeron tratados en temas particulares.[11]

[6] Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ¿Qué son los derechos humanos? Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

[7] Meron, Theodor, *The Humanization of International Law,* (Hague Academy of International Law Monographs, 3) Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p.187.

[9] AGNU, *Declaración y Programa de Acción de Viena,* aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, ONU Doc. A/CONF.157/23, 1993.

[9] Brownlie, Ian, *The rule of law in international affairs,* (Hague Academy of International Law Monographs, 1) Leiden, Martinus Nijhoff, 1998, p. 6.

[10] Carta de la Organización de las Naciones Unidas del 26 de junio 1945, entrada en vigor 24 de octubre de 1945, artículo 1.

[11] Los instrumentos universales de los Derechos Humanos son: La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm>.

Asimismo, Naciones Unidas ha desarrollado una arquitectura institucional para dar efectividad y cumplimiento a los tratados internacionales. Este sistema tiene tres componentes: establece estándares internacionales para la protección de la persona humana, promueve la conclusión de tratados internacionales, así como declaraciones no obligatorias, acuerdos y documentos, establece Relatores Especiales y Expertos, grupos de trabajo, comités y órganos de tratados.

Dentro de estos mecanismos de supervisión creados por la Organización se encuentran los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas como el Examen Periódico Universal y el Consejo de Derechos Humanos. Este último es un foro facultado para prevenir violaciones de derechos humanos y emprender acciones en el marco de sus competencias. Por otra parte, existen órganos creados en virtud de los tratados internacionales en derechos humanos, y compuestos por expertos independientes con el mandato de supervisar que los Estados parte en los tratados cumplan con sus obligaciones internacionales.[12]

2. El sistema interamericano de derechos humanos

A nivel regional la OEA replicó el proceso de codificación en el continente americano. Los documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano son la DADDH, la CADH, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.[13]

Tal y como sucedió a nivel internacional, la CADH representa la culminación de un proceso en el continente americano que inició al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención.

En noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación.[14]

[12] Comité de Derechos Humanos, encargado de vigilar la implementación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Comité contra las Desapariciones Forzadas. Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

[13] Documentos básicos del sistema interamericano en derechos humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp>.

[14] A la fecha, veintitres naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, y Uruguay. El estado de firmas y ratificaciones de la Convención puede ser consultada en la página de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>.

Con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, la Convención estableció dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos inició sus funciones cuando la Convención entró en vigor. El 22 de mayo de 1979, los Estados Partes eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana.

De acuerdo al 'Pacto de San José' la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención especial.[15] La Corte, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados parte ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos que la propia Convención prevé, tales como el previo agotamiento de los recurso internos.

La Corte cuenta también con una función consultiva, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos pueden consultarle acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas y los instrumentos internacionales, o solicitar una consulta sobre la interpretación de tratados internacionales.[16]

3. El carácter subsidiario de los sistemas de protección de los derechos humanos

Los sistemas internacionales o regionales de protección de los derechos humanos, tienen un carácter subsidiario a los sistemas nacionales, es decir, actúan como última ratio cuando los Estados han fallado en brindar la protección debida a los derechos de las personas.

A nivel del sistema interamericano esto constituye una premisa fundamental, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intervienen cuando se han agotado todos los mecanismos internos que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos, en otras palabras, sólo se puede acceder al plano regional cuando no hay manera de encontrar remedio dentro del Estado, ya sea porque se intentaron todas las vías administrativas y judiciales posibles, o porque estas son inexistentes o insuficientes para ofrecer tutela efectiva.

En palabras de la Corte Interamericana, y como lo ha señalado desde sus primeros casos: "[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta "coadyuvante o complementaria de la interna".[17]

---

[15] Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, UNTS, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, artículo 62.

[16] Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, UNTS, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, artículo 64.

[17] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61; Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras,* Fondo, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64; Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras,* Fondo, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85.

II. El salto cuántico de la teoría a la práctica: la creciente implementación del derecho internacional de los derechos humanos en los órdenes jurídicos nacionales

El derecho internacional público no establece la manera en la que los Estados deben incorporar sus disposiciones a nivel interno. Una vez que el Estado ha adquirido una obligación internacional es el propio Estado quien, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina la forma en la que hará efectivas dichas obligaciones a nivel interno, ya sea a través del método de incorporación directa, o a través de la aprobación y ratificación de los instrumentos internacionales por parte del poder legislativo; cada Estado determina la forma de incorporación de acuerdo a su tradición jurídica.[18]

De esta forma, una vez que el Estado ha adquirido una obligación a nivel internacional, se espera que éste cumpla con dicha obligación. Es una regla general del derecho internacional que el Estado no puede argumentar su derecho interno para evadir esas obligaciones internacionales.[19] Esto se refleja en el principio pacta sunt servanda, que establece que los tratados son vinculantes entre las partes y deben ser cumplidos en buena fe.

En particular la Corte Interamericana ha señalado que de acuerdo al artículo 2 de la Convención, los Estados Parte "se obligan a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención".[20]

1. Los movimientos de reformas constitucionales y la labor de los operadores jurídicos nacionales

Es importante señalar que al inicio y durante las primeras décadas del siglo XX, las Constituciones de varios países ya reconocían algunos derechos fundamentales como el derecho al voto, la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio y la prohibición a la detención arbitraria.[21] A través de los años, con el proceso de codificación de los instrumentos internacionales y regionales, este ámbito de protección se amplió.

Este reconocimiento "generoso de derechos constitucionales se acompañó... (de forma muy particular) a través del tratamiento especial y privilegiado a los tratados de la materia".[22] Como lo explica Harold Koh, la eficacia de las reglas y cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos se asemeja a un "proceso jurídico transnacional", esto es, un "proceso complejo de interacción institucional en virtud del cual las cláusulas internacionales no sólo son debatidas e interpretadas, sino en definitiva internalizadas por los sistemas legales domésticos".[23]

---

[18] Jennings, Robert, Watts, Arthur, *Oppenheim's international law*, Vol. 1 Peace, 9th ed., Oxford University Press, 2008.

[19] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, el artículo 27 de la Convención señala: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

[20] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 51; Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 140.

[21] Young, Nigel (ed.), *The oxford international encyclopedia of peace*, vol. 2., Oxford University Press, 2010, p. 352.

[22] Uprimny, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en: Rodríguez, César (coord.), *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 114.

[23] Koh, Harold, *Why do Nations Obey International Law?*, en: Yale Law Journal, vol. 106, no 8, pp. 2599-2659, pág. 2602.

En América Latina desde mediados de los años ochenta, y en especial a partir de los noventa, se ha vivido un período de cambios constitucionales, pues casi todos los países adoptaron nuevas constituciones,[24] o bien introdujeron reformas muy importantes a sus Constituciones vigentes para ampliar el cuerpo normativo en favor de la persona.[25]

Al hacer estas incorporaciones los Estados asumieron que la fuente garante de los derechos humanos no se encontraría más exclusivamente en los ordenamientos constitucionales, sino también en las garantías ampliadas del sistema internacional e interamericano de derechos humanos. Esto contribuyó también a la promoción de algunos cambios institucionales relevantes para el adecuado funcionamiento de los sistemas democráticos.[26]

Las técnicas de reconocimiento de esos derechos son variadas "[e]n algunos casos, como en Argentina,[27] el mecanismo fue la constitucionalización directa y expresa de numerosos tratados de derechos humanos; en otros, como Brasil,[28] el mecanismo fue definir y establecer esos derechos en el texto constitucional; otros ordenamientos como el colombiano o venezolano[29] usaron ambos mecanismos, pues no sólo constitucionalizaron ciertos tratados de derechos humanos sino que además establecieron directamente en la Constitución una amplia carta de derechos de las personas".[30] En el caso de México, el artículo 1 de la Constitución, reformado en 2011, señala que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos deberá ser conforme a la propia Constitución y a los tratados internacionales de la materia "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".[31]

Por otro lado, existen algunos países de la región cuyos órdenes legales permanecen intactos, sin embargo, en estos casos, ante el silencio del cuerpo normativo interno, la labor de los abogados litigantes, defensores de derechos humanos, funcionarios gubernamentales, y muchos más, ha resultado fundamental para dar plena eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el plano nacional.

Han sido los operadores jurídicos nacionales quienes, a falta de disposición expresa, se han atrevido a mirar más allá de la frontera nacional y aplicado la norma de origen internacional con el objetivo de dar efectividad a los derechos humanos. En estos procesos internos la jurisprudencia constitucional es sumamente relevante pues "[a]signó carácter operativo a los tratados permitiendo que los derechos que consagraban fueran directamente exigibles ante los tribunales en ausencia de leyes reglamentarias".[32]

Son los operadores jurídicos nacionales quienes en definitiva han dado vida a este *corpus juris;* son ellos quienes han permitido el salto cuántico de la postulación normativa a una mayor efectividad de los derechos en la práctica.

---

[24] Tal fue el caso de Brasil en 1998, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009.

[25] Lo cual sucedió con la Constitución de Argentina en 1994, y de México en 2011.

[26] Abramovich, Víctor, *Autonomía y subsidiaridad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales*, en: Rodríguez, César (coord.), *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI, op. cit.*, p. 213.

[27] Constitución de la Nación Argentina, artículo 75 numeral 22.

[28] Constitución de la República Federativa del Brasil, artículos 5 y 8.

[29] Constitución de la República de Venezuela, artículo 23, Constitución Política de Colombia artículos 53 y 59

[30] Uprimny, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, *op. cit.*, p. 114.

[31] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1. El mismo artículo establece además la obligación de las autoridades, en el ámbito de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad y progresividad, así como las obligaciones positivas del Estado referentes al deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

[32] Abramovich, Víctor, *Autonomía y subsidiaridad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales*, *op. cit.*, p. 213.

2. La interpretación y aplicación de los tratados internacionales

Ahora bien, habrán derechos que estarán reconocidos expresamente en la Constitución, y también establecidos en los tratados universales, así como los regionales del sistema interamericano; el derecho tendrá entonces una triple protección: a nivel doméstico, internacional y regional. En otras palabras, el operador jurídico tendrá frente a sí, un cúmulo de normas de origen nacional e internacional que apuntan hacia una misma dirección, la pregunta fundamental es ¿cómo habrá de interpretarse ese derecho?, la respuesta es de la manera en la que se otorgue la mayor protección tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. De hecho, una de las fórmulas constitucionales "más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el internacional es a través de la cláusula de interpretación conforme, que es "la técnica hermenéutica por medio de la cual los principios y normas contenidos en los tratados internacionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección".[33]

Esta labor interpretativa puede resultar novedosa, desafiante y compleja, por, al menos, dos razones. Primero, rompe con el esquema tradicional del orden positivo estatal, requiere estar al tanto no sólo de las transformaciones internas, sino también una actualización constante sobre la labor de los órganos y organismos internacionales. Segundo, implica reafirmar algunas nociones básicas de derecho internacional público, ya que el sistema interamericano de derechos humanos acompaña al sistema internacional de los derechos humanos, y estos, a su vez, forman parte de un sistema mucho más amplio llamado derecho internacional público. Tal y como lo apunta Rodrigo Uprimny "[l]as fuentes jurídicas se han multiplicado, haciendo más complejo el derecho, puesto que para conocerlo no basta consultar la ley... hay que recurrir también a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos".[34]

a. Breves apuntes sobre las fuentes del Derecho Internacional Público y los mecanismos para su interpretación

Históricamente, las fuentes del derecho internacional público se encuentran codificadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,[35] y son: "a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho".[36]

(1) Fuentes principales: tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales de derecho internacional

Los tratados internacionales son la fuente principal de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. De acuerdo al artículo 2 de la CVDT, el tratado es "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".[37]

---

[33] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en: Carbonell, Miguel, *et al* (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 2011, p. 358. Se recomienda la lectura de los comentarios a los artículos 1 y 2 a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, así como el comentario al artículo 29 a cargo de Gabriela Rodríguez, los cuales forman parte de esta obra.

[34] Uprimny, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, *op. cit.*, p. 114.

[35] Pellet, Allain, *Article 38*, en: Zimmermann, Andreas, et al., (eds.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012.

[36] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, a su vez, el artículo 59 establece que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

[37] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*

De esta forma existen tres condiciones esenciales para determinar la existencia de un tratado internacional: (1) que sea un instrumento internacional por escrito, cualquiera que sea su denominación: Carta, Convenio, Convención, etc., (2) que establezca obligaciones internacionales entre Estados, y (3) que se encuentre regido por el derecho internacional.

La sección tercera de la misma Convención de Viena establece los métodos de interpretación de los tratados:

> "Art. 31. Regla general de interpretación.
>
> 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
>
> a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
>
> b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
>
> 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
>
> b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
>
> c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
>
> 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.
> Art. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".[38]

De manera adicional a los métodos de interpretación señalados en la Convención de Viena, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos han establecido dos principios adicionales: el principio de efectividad y el principio de interpretación evolutiva. El primero tiene dos dimensiones, por un lado desde el punto de vista del individuo debe brindar la más alta protección, y, por otro lado, debe ser efectivo desde el punto de vista del Estado, debe ser realista. El principio de interpretación evolutiva establece que las obligaciones internacionales establecidas en los instrumentos internacionales deben ser interpretadas conforme el paso del tiempo, deben adaptarse a los nuevos contextos sociales.[39]

La costumbre legal internacional son las obligaciones internacionales de los Estados que no se encuentran escritas, y se compone de dos elementos: una práctica estatal consistente y uniforme, y la *opinio juris*, que es la creencia de que existe una obligación legal para seguir esa práctica.[40] Algunos derechos humanos esenciales son obligatorios para los Estados por formar parte del derecho consuetudinario

---

[38] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*

[39] El principio de interpretación evolutiva ha sido reconocido y aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom*, Grand Chamber, Sentencia del 11 de julio de 2002, App. No. 28957/95.

[40] CIJ, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

internacional, esto se traduce en obligaciones directas para los Estados, aun cuando el Estado no haya ratificado el instrumento internacional que reconoce ese derecho.

Entre estos derechos se encuentran el derecho a la vida, la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la prohibición de imponer penas privativas de libertad por incumplimiento de obligaciones contractuales, los principios del derecho penal como *nullum crimen sine lege* y el principio de retroactividad en favor del inculpado, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Estos derechos forman parte del núcleo duro de los derechos humanos, y no pueden ser suspendidos ni siquiera en estados de emergencia. El respeto a las garantías judiciales ha sido también incluido dentro esta categoría, estas últimas fueron reconocidas expresamente por la Corte IDH en su Opinión Consultiva de 1987,[41] y por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.[42] Los principios generales del derecho internacional son aquellos que se encuentran establecidos en la mayoría de los sistemas legales de los países, e incluyen, por ejemplo, los principios que rigen los procedimientos penales.[43]

(2) Medios auxiliares para la determinación del derecho: las decisiones judiciales y la doctrina

Las decisiones judiciales son medios auxiliares para la determinación del contenido del derecho internacional. De forma general los tribunales internacionales no crean derecho, únicamente lo interpretan,[44] y sus decisiones sólo son vinculantes para las partes dentro del procedimiento, sin embargo, la interpretación que el tribunal internacional realice sobre una norma principal, ya sea que ésta se encuentre en un tratado, sea parte del derecho consuetudinario internacional o sea un principio general del derecho internacional, será un mecanismo para dar contenido a ese derecho. Las decisiones judiciales son de gran importancia para el derecho internacional de los humanos, pues al no existir órganos legislativos globales, gran parte del desarrollo de los derechos humanos se ha llevado a cabo por estos órganos.

Las decisiones de las cortes nacionales también son medios auxiliares para la determinación del derecho. El artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece jerarquía ni distinción alguna entre decisiones judiciales emanadas de órganos internacionales o nacionales. Esto significa que las cortes nacionales pueden aplicar el criterio jurisprudencial establecido por sus pares como medio auxiliar en la interpretación de tratados; debido al creciente fenómeno de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos y el carácter subsidiario de los sistemas internacionales, resulta lógico suponer que las cortes nacionales tienen y tendrán a su cargo un mayor papel en la interpretación y el desarrollo de los derechos humanos, frente a los órganos y organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales internacionales.

La doctrina de los más reconocidos publicistas es también un medio subsidiario para la determinación de las fuentes principales del derecho internacional. La aplicación de la doctrina dependerá de la calidad de la investigación, el análisis y la reputación del organismo o el autor, esto incluye las publicaciones de expertos nacionales e internacionales, y los reportes de las organizaciones de la sociedad civil. En el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos, los reportes y comentarios emitidos por los órganos de Naciones Unidas encargados del monitoreo e implementación de los instrumentos internacionales por los países, como lo son el Consejo de Derechos Humanos, las agencias especializadas

[41] Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

[42] Comité de Derechos Humanos, Observación general sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.

[43] Christoffersen, Jonas, *Impact on general principles of treaty interpretation*, en: Kamminga, Menno, et al., (eds.), *The impact of human rights law on general international law*, Oxford University Press, 2009, 42.

[44] CIJ, *South West Africa, Second Phase, Judgment,* I.C.J., Reports 1966, p. 6.

de Naciones Unidas, y los Comentarios Generales de los órganos de tratados, tienen un gran valor como medio auxiliar, así como, a nivel regional, los informes que emite la Comisión IDH.

b. La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano

Al ser la Corte IDH el órgano facultado para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que le confieren competencia,[45] sus decisiones, sentencias u opiniones, tienen un alto valor para la interpretación de las obligaciones de los Estados en el continente americano. Con el objetivo de dar plena eficacia a los derechos humanos en esta región, la Corte elaboró la doctrina del control de convencionalidad, la cual señala que los órganos del Estado en el marco de sus competencias, deben tomar en cuenta la CADH y la interpretación que sobre ésta ha realizado la propia Corte.

El control de convencionalidad es un "potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos".[46] De acuerdo a la Corte esta doctrina tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional; los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno.

En 2006 la Corte Interamericana se refirió por primera vez al control de convencionalidad en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* en esta sentencia afirmó que:

> los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener el cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérpete última de la Convención Americana.[47]

Debido al carácter subsidiario del sistema interamericano y la obligación de agotar los recursos efectivos del derecho interno conforme a lo establecido en la Convención Americana y el derecho internacional, resulta evidente que los jueces y tribunales ordinarios sean los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad,[48] en el *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,*[49] la Corte señaló que:

> "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex-officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".[50]

---

[45] Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.,* Artículo 62 (3).

[46] Sagüés, Néstor, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad,* Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, p. 118.

[47] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

[48] Corte IDH, Voto disidente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007, que resolvió la Solicitud de interpretación de la Sentencia de 24 de noviembre de 2006 del *Caso "Trabajadores Cesados del Congreso" vs. Perú.*

[49] Corte IDH. *Caso "Trabajadores Cesados del Congreso" (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

[50] Corte IDH. *Caso "Trabajadores Cesados del Congreso" (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrs. 128 y 129.

En el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* la Corte amplió el espectro de sujetos llamados a ejercer el control de convencionalidad, en este caso señaló que al interior del Estado, no sólo los funcionarios de carácter jurisdiccional sino los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deben ejercerlo.[51]

El control de convencionalidad elaborado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, demuestra el esfuerzo de este órgano por "presentar una herramienta que puede favorecer la protección de los derechos humanos desde los Estados y, paralelamente, afianzar el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional".[52]

III. El incumplimiento de la obligación internacional

Hasta aquí hemos analizado el creciente rol del derecho internacional en los órdenes internos de los Estados, los objetivos y estructuras de los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, así como los diversos métodos de incorporación e interpretación del derecho internacional y regional de los derechos humanos; a nivel local, las fuentes del derecho internacional y la doctrina del control de convencionalidad elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahora pasaremos al último rubro de la parte introductoria al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos.

Este tema es importante pues permite comprender cabalmente el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado en el plano internacional, así como la labor que, al final del día, realizan los tribunales internacionales encargados de determinar la responsabilidad internacional del Estado, cuando el derecho internacional se ha violentado.

1. La categorización del hecho internacionalmente ilícito

En 2001, la CDI de la ONU, organismo encargado de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional,[53] finalizó su trabajo sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.[54] Estos artículos establecen las condiciones generales por las cuales el Estado es considerado responsable por actos u omisiones ilícitas, así como las consecuencias legales que de este hecho se derivan.

De acuerdo al Artículo 2 "existe un hecho internacionalmente ilícito cuando una conducta que consiste en una acción o en una omisión: (a) es atribuible al Estado bajo el derecho internacional, y (b) constituye el incumplimiento de la obligación internacional de Estado".[55] Asimismo el artículo 3 señala que "la caracterización de un acto del Estado como un hecho internacionalmente ilícito está gobernado por el derecho internacional. Dicha caracterización no se afecta aún si el mismo acto es lícito de acuerdo al derecho interno".[56]

Para determinar si un hecho es internacionalmente ilícito se debe recurrir exclusivamente al derecho internacional, no importa si el hecho es conforme al derecho interno del Estado, o si de acuerdo al propio derecho interno, el Estado estaba obligado a actuar de ese modo, lo que importa es que el hecho

[51] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

[52] Ibáñez, Juana María, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Chile, 2012, 103, p. 113.

[53] Carta de la Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, artículo 12.

[54] AGNU. *Resolución A/56/589 and Corr.1*, Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, 28 de enero de 2002.

[55] *Ibidem*, artículo 2.

[56] *Ibidem*, artículo 3.

sea contrario a la obligación internacional asumida por el Estado.[57] Este es un principio fundamental del derecho internacional reiterado en diversas ocasiones por los tribunales internacionales.[58]

Por otro lado el hecho internacionalmente ilícito puede ser un acto o una omisión, esto es particularmente relevante para el derecho internacional de los derechos humanos. En 1988, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH determinó que las obligaciones en materia de derechos humanos incluyen la obligación de tomar medidas razonables para prevenir la comisión de violaciones de derechos humanos, o bien de llevar a cabo una investigación que permita la identificación de los responsables, y que imponga la adecuada pena y que determine la compensación adecuada a las víctimas de las violaciones.[59]

2. El principio de la unidad del Estado

En el plano internacional el Estado se reconoce como un sujeto único e indivisible, el principio de la unidad del Estado establece que los actos u omisiones de los órganos del Estado deben ser reconocidos como actos u omisiones de ese Estado en su totalidad. La diversidad de las obligaciones internacionales no permite hacer una distinción general entre órganos que puedan cometer un hecho internacionalmente ilícito y aquéllos que no; no existe una categoría de órganos estatales específicamente designados para la comisión de ilícitos, en este sentido cualquier órgano del Estado puede atraer la responsabilidad internacional del Estado.[60]

La conducta de los órganos del Estado es atribuida al Estado como un sujeto único del derecho internacional.[61] Los actos de las personas o grupos de personas que formen parte de la maquinaria interna del Estado, de aquellos órganos o agentes del Estado, son, por regla general ‘actos del Estado’. El artículo 4 de los artículos de la CDI establece que:

> (1) la conducta de cualquier órgano del Estado debe ser considerada un acto del Estado bajo derecho internacional, ya sea que el órgano ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales o cualquiera otra función, cualquiera que sea la posición que mantenga en la organización del Estado, o cualquiera que sea su carácter como órgano del gobierno central o de la unidad territorial del Estado (2) Un órgano incluye la persona o entidad que tenga ese estatus de acuerdo con el derecho interno del Estado.

[57] *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos con comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas 2001, vol. II. Part two, (A/56/10) Artículo 3, comentario 1, pág. 36.

[58] La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Constitución de la Ciudad Libre de Danzig señaló que un Estado únicamente puede invocar en contra de otro Estado el derecho internacional y las obligaciones internacionales debidamente aceptadas. Contrariamente, un Estado no puede apoyarse en su legislación interna, ni siquiera en su propia Constitución con el propósito de evadir sus obligaciones internacionales en derecho internacional o los tratados en vigor, CPJI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 4. De igual manera, en el caso del S.S. Wimbledon, la Corte rechazó el argumento del gobierno alemán que el paso del barco Wimbledon, a través del Canal de Kiel había constituido una violación de las órdenes alemanas de neutralidad, al señalar que: "una orden de neutralidad, emitida por un Estado individual, no podía prevalecer sobre las provisiones del Tratado de Paz, de acuerdo al artículo 380 del Tratado de Versalles, [Alemania tenía] la obligación definitiva de permitir [el paso de Wimbledon sobre el Canal de Kiel]". CPJI, S.S. "*Wimbledon*", 1923, P.C.I.J. Series A, No. 1, p. 15, pp. 29 - 30. El principio fue también reafirmado en casos posteriores: "un Estado no puede interponer en contra de otro Estado su propia Constitución con el objetivo de evadir las obligaciones internacionales que le son vinculantes conforme al derecho internacional y demás tratados en vigencia". CPJI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24.

[59] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* Sentencia de 21 de julio de 1989, (Reparaciones y Costas), párr. 172.

[60] Artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos con comentarios, *op. cit.*, Artículo 4, comentario 5, p. 40.

[61] AGNU. Tercer Reporte sobre la responsabilidad del Estado, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial, el acto internacionalmente ilícito del Estado, fuente de responsabilidad internacional, A/CN.4/246 and Add.1-3., 1971, pp. 238-239.

De esta forma el Estado es responsable por los actos u omisiones de sus órganos, lo importante es que los actos sean cometidos por órganos actuando en capacidad oficial, en el ejercicio de las atribuciones conferidas. De igual manera la conducta que ejerce un órgano en exceso de su competencia será también atribuida al Estado bajo el derecho internacional.[62]

3. La maquinaria del Estado en favor de la implementación del derecho internacional y la labor fundamental de los tribunales nacionales

De esta manera cuando los Estados asumen obligaciones internacionales se espera que el Estado en su totalidad cumpla. Anteriormente existía una falsa concepción bajo la cual los actos de ciertos órganos del Estado estaban excluidos del régimen de responsabilidad internacional, noción que se sustentaba en el carácter soberano de los órganos legislativos, y en el caso de los órganos judiciales, en el principio de independencia de las cortes o el carácter *res judicata* de sus decisiones.[63] Esta noción ha sido completamente desterrada del derecho internacional.

Como se ha señalado, las obligaciones internacionales vinculan a todos los componentes del Estado, sin importar su jerarquía o función, cada órgano es responsable de hacer efectivas las obligaciones internacionales, que incluye, desde luego, al poder judicial.[64] Así, si una corte no interpreta, o lo hace incorrectamente, el derecho internacional, puede generar la responsabilidad internacional del Estado.[65]

En el *Caso la "Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* ante la Corte IDH, el Estado argumentó que un acto de la judicatura en violación del derecho internacional puede ser atribuible al Estado sólo si el derecho internacional así lo reconoce. La Corte reafirmó que la responsabilidad internacional del Estado puede establecerse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano del Estado contrarios a la Convención Americana, cualquiera que sea su jerarquía.[66]

---

62 Artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos con comentarios, *op. cit.*, comentario 6 al capítulo II, p. 38.

63 AGNU. Tercer Reporte sobre la responsabilidad del Estado, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial, el acto internacionalmente ilícito del Estado, fuente de responsabilidad internacional, op cit, p. 145; Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "International Law in the Past third of a century", Recueil des Cours of the Hague Academy of International Law, 1978, 159 Vol. 1, p. 278. La Comisión de Reconciliación Franco-Italiana, establecida de conformidad con el artículo 83 del Tratado de Paz del 10 de Febrero de 1947, en su decisión el 7 de Diciembre de 1955 señaló lo siguiente: "aun cuando tribunales arbitrales del Siglo XIX han establecido que la independencia de las Cortes excluye la responsabilidad internacional del Estado por actos de la judicatura contrarios a la ley, esta teoría es rechazada universalmente, por la doctrina internacional y la jurisprudencia. La sentencia emitida por una autoridad judicial emana de un órgano del Estado, en la misma medida en la que una ley es promulgada por la legislatura o una decisión es tomada por el ejecutivo. La inobservancia de una regla internacional por una corte genera la responsabilidad internacional del Estado".

64 En la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Diferencias Relativas a las Inmunidades de Proceso Legal de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la Corte analizó, principalmente, los actos de cortes nacionales, la Corte Internacional de Justicia afirmó que de acuerdo a un principio bien establecido del derecho internacional, cualquier acto de un órgano del Estado debe ser establecido como un acto del propio Estado. Esta regla, tiene un carácter consuetudinario". CIJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights,* Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62., p. 87, párr. 62.

65 Paulsson, Jan, *Denial of Justice in International Law,* Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 41.

66 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile,* Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 72. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* Sentencia de 21 de julio de 1989, (Reparaciones y Costas), párr. 172.

IV. Tareas compartidas entre los sistemas nacionales y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: una reflexión final

A lo largo de estas páginas hemos hecho un brevísimo recuento sobre el desarrollo normativo e institucional del derecho internacional de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano, así como los desarrollos normativos que han dado paso al fenómeno de internalización de las obligaciones internacionales, y el régimen de responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos, representan un compromiso, sumamente loable de la autoridad estatal, de reconocer a sus ciudadanos ciertos derechos que son inherentes a su calidad como personas. Los Estados así lo han dispuesto y han expresado su voluntad soberana mediante la redacción, ratificación e incorporación de dichas obligaciones internacionales.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y los tratados del sistema interamericano constituyen valores hemisféricos comunes que representan el compromiso con la democracia y el Estado de Derecho. Cuando se comete una violación a los derechos humanos se vulnera un bien jurídicamente tutelado por el sistema, y por tanto, un valor protegido continentalmente por todos los Estados. Los Estados son quienes deciden a qué se obligan y cómo se obligan, quienes han diseñado estructuras institucionales internacionales y regionales, y quienes han facultado a los órganos y organismos jurisdiccionales y no-jurisdiccionales para acompañar sus labores nacionales, y señalar los casos de incumplimiento.

Es el momento de la puesta en marcha de los instrumentos internacionales. Los sistemas nacionales son los encargados, por regla general, de garantizar efectivamente la tutela a los derechos, por lo cual los Estados tienen la primera, más grande y determinante responsabilidad en brindar la protección efectiva.

Este Comentario establece, analiza y comenta el alcance de los derechos en cada uno de los artículos de la CADH, teniendo como guía la jurisprudencia de la Corte IDH en sus más de 34 años de trabajo en el continente americano. La jurisprudencia es una aliada de los Estados para garantizar el goce efectivo de los derechos por todos aquéllos que se encuentren bajo su jurisdicción, para la consecución de objetivos nacionales y regionales de un Estado contemporáneo al servicio del hombre.

En este fenómeno de internalización del derecho internacional de los derechos humanos y del sistema regional de derechos humanos, como ya se señaló, los operadores jurídicos, y muy especialmente aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales, tienen y tendrán en los años venideros una importante labor para desplegar en el plano nacional el cúmulo de derechos que establecen los instrumentos internacionales. La jurisprudencia representa un apoyo para dar vida a esos derechos, para entender la forma en la que este órgano judicial internacional ha interpretado las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, y en casos muy complejos, dentro de los límites de su competencia, ha otorgado la más amplia protección de los derechos humanos.

Es suma, el lector tiene en sus manos un instrumento que contribuye a una tarea clave de nuestros tiempos: la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Christian Steiner Patricia Uribe
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad - Adenauer - Stiftung

Semblanza curricular de los autores

Federico Andreu-Guzmán (Colombia). Jurista colombiano. Defensor de derechos humanos, profesor universitario, investigador, especialista en derecho internacional de los derechos humanos, subdirector de litigio y protección jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas. Ha sido Consejero General de la Comisión Internacional de Juristas; Consejero Jurídico para los programas de las Américas y Asia de Amnesty International, y Secretario General Adjunto para América Latina de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). Participó en la Misión de Observación de Derechos Humanos de la Naciones Unidas en Rwanda y en la realizada conjuntamente por las Naciones Unidas y la OEA en Haití. Ha sido director de la Oficina Internacional para los Derechos Humanos, Acción para Colombia.

Thomas Antkowiak (Estados Unidos). Profesor asociado de derecho en la Universidad de Seattle, EE.UU. También dirige la Clínica de Derechos Humanos y el Programa de América Latina de dicha Facultad. Anteriormente fue abogado senior de la Corte Interamericana y ha litigado varios asuntos ante el Sistema Interamericano. Es autor de diversas publicaciones sobre derechos humanos, el Sistema Interamericano y otros temas de derecho internacional. Es graduado de las universidades de Harvard y Columbia.

Carlos M. Ayala Corao (Venezuela). Abogado especialista en Derecho Público (Constitucional y Derechos Humanos). Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica "Andrés Bello", la Universidad Central de Venezuela, University of Oxford (UK); Georgetown University, American University Washington of College of Law (USA), y Universidad Panamericana (México). Individuo Número 28 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, y Miembro de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza (2012-). Autor de varias publicaciones. Fue Presidente de la Comisión IDH (1997-98), así como Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Américas (1996-1999); y Presidente de la Comisión Andina de Juristas (2003-2009). Fue Miembro de la Comisión Internacional designado por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, para el proceso de selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador (2005); y Consultor de la ONU para el proceso de elección de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (2009).

Mary Beloff (Argentina). Estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA) e ingresó luego a la Facultad de Derecho de la misma Universidad, donde obtuvo el título de abogada con diploma de honor. Es Magistri in Legibus (LL.M.) por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (EE. UU). Es profesora de la Facultad de Derecho de la UBA donde enseña justicia juvenil, derecho penal y procesal penal, criminología y género y justicia penal en el grado. En posgrado es profesora de las Carreras de Especialización en Problemáticas Infanto-Juveniles, Derecho Penal y Derecho de Familia y de la Maestría en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UBA), de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo y de diferentes cursos de posgrado en diversas universidades nacionales (Salta, Comahue, La Pampa, San Juan Bosco de la Patagonia y del Sur). Desde el año 2007 es Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la República Argentina.

Eduardo Bertoni (Argentina). Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Fue Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal, con sede en la ciudad de Washington DC. Entre 2002 y 2005 fue el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH en la OEA. Bertoni es abogado de nacionalidad argentina, egresado de la Universidad de Buenos Aires, ex becario del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York y del National Endowment for Democracy (NED) en Washington DC. Tiene una Maestría en Políticas Internacionales de la Universidad George Washington. Asimismo, es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y fue designado por concurso profesor Adjunto de Derecho

Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En ambas casas de estudio ha dictado cursos de grado y posgrado. Fue asesor legal en varias organizaciones no gubernamentales en Argentina y en el extranjero. Asimismo ha trabajado como asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina.

José Luis Caballero Ochoa (México). Licenciado en Derecho por el Tecnológico de Monterrey, Campus Chihuahua, Maestro en Derecho, por la Facultad de Derecho de la UNAM, y Doctor en Derecho por la UNED de España. Diplomado en derechos humanos y procesos de democratización por la Universidad de Chile. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, y es miembro del Consejo de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Actualmente es académico – investigador titular en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, en donde imparte materias relativas a derecho constitucional y derechos humanos en la Licenciatura en Derecho y en la Maestría en Derechos Humanos; asimismo participa como docente en los cursos de posgrado de diversos centros de educación superior en la República mexicana.

Jesús María Casal Hernández (Venezuela). Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela y Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Investigador Invitado en el Instituto Max Planck de Derecho público comparado y de Derecho internacional y docente de la Escuela Superior de Administración Pública de Alemania. Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. Ha sido Decano de su Facultad de Derecho y es Profesor de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional en la misma Universidad y sobre Derechos Fundamentales en el programa doctoral de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Cristián Correa Montt (Chile). Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magister en Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos). Es asociado senior del International Center for Transitional Justice de Nueva York, desde donde presta asesoría en diferentes países respecto a procesos de reparación a violaciones masivas de derechos humanos. Su trabajo y publicaciones se han enfocado en comparaciones de diferentes experiencias de programas de reparación y propuestas para su diseño e implementación a partir de dichas experiencias. Anteriormente fue secretario de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura de Chile (Comisión Valech), y luego de ello fue asesor del gobierno de Chile en la implementación de las recomendaciones de la Comisión y en otras políticas de derechos humanos.

Christian Courtis (Argentina). Es funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra donde es coordinador del equipo que trabaja sobre derechos económicos, sociales y culturales. Es profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en uso de licencia) y profesor invitado del Departamento de Derecho del ITAM (México). Ha sido profesor e investigador visitante en universidades de América Latina, Estados Unidos y Europa. Se ha desempeñado como consultor de la Organización Mundial/Panamericana de la Salud, UNESCO, la División de Desarrollo Social de la ONU y la CEPAL, y como director del Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra).

Gina Donoso (Ecuador). Investigadora doctoral (PhD) en el Departamento de Psicoanálisis y Consulta Clínica de la Universidad de Gante (Bélgica); Máster (MA) en Investigación y Desarrollo (Instituto Internacional de Estudios Sociales –ISS- de la Universidad Erasmus Rotterdam, Holanda); Máster (MA) en Estudios Internacionales de Paz (United Nations-mandated University for Peace, Costa Rica); Especialista en Actuaciones Psicosociales en Situaciones de Violencia Política y Catástrofes (Universidad Complutense de Madrid, España); Estudios de postgrado en Paz y Conflicto (Chulalongkorn University, Tailandia); Especialista Superior en Derechos Humanos (Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador); Especialista Superior en Derechos Humanos y Democracia, y Psicóloga Clínica (Pontificia Universidad

Católica de Ecuador). Ha trabajado e investigado ampliamente temas de acompañamiento psicosocial y procesos de reparación integral en varios países. Formó parte del equipo psicosocial de la Comisión de la Verdad del Ecuador y recientemente realizó una visita profesional en la Sección de Participación y Reparación de Víctimas de la Corte Penal Internacional.

Ariel Dulitzky (Argentina-Estados Unidos). Es Profesor de Derecho, Director de la Clínica de Derechos Humanos y Director de la Iniciativa para América Latina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas. En 2010 fue nombrado miembro del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Antes de incorporarse a la Universidad de Texas, fue Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión IDH. Se graduó con honores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y es magíster de la Escuela de Derecho de Harvard. Ha publicado numerosos trabajos sobre derechos humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la discriminación racial y el Estado de derecho en América Latina. Ha sido profesor en la Universidad de Buenos Aires y en American University Washington College of Law y profesor invitado en varias universidades de los Estados Unidos y América Latina.

Pilar Elizalde (Argentina). Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad de San Andrés, Argentina. Fue Profesora Asistente de varias cátedras en la misma Universidad. Especializada en Análisis de Política Exterior y Derechos Humanos. Realizó cursos sobre sistemas regionales de protección de los derechos humanos en Estados Unidos y Alemania. Fue pasante en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Asistente de Gestión del Conocimiento en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Consultora de Amnistía Internacional en Argentina. Contribuyó en numerosas publicaciones de CEJIL. Actualmente es becaria Chevening, candidata a Master en Teoría y Práctica de Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Reino Unido, donde participa de proyectos de investigación de la Clínica del Centro de Derechos Humanos.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México). Juez de la Corte IDH e Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor titular por oposición de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Presidente fundador del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Autor de libros y artículos en derecho procesal, constitucional y derechos humanos.

Alejandra Gonza (Argentina). Se graduó de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, convalidó su título a licenciada en derecho en la Universidad de Salamanca y realizó su Maestría en Estudios Europeos y Derechos Humanos en la Universidad Pontificia de Salamanca. Asesora a Due Process of Law Foundation desde el año 2010. Trabajó como abogada de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH y de la Secretaría Ejecutiva de la Corte IDH. Actualmente es Comisionada de la Comisión de Derechos Humanos de Seattle y representa víctimas de violaciones de derechos humanos ante el sistema interamericano. Es autora de distintos artículos y editoriales sobre derechos humanos y sistema interamericano.

Marco Huaco Palomino (Perú). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima), Magíster en Ciencias Sociales de la Religión por la Facultad de Ciencias Sociales de dicha Universidad, Master en Protección Internacional de los Derechos Humanos por el Institut des Hautes Études Européennes de la Universidad de Estrasburgo (Francia), Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad de Verano de Derechos Humanos del Collège Universitaire Henry Dunant (Ginebra). Investigador del Centro Andino Bartolomé de las Casas (Cusco). Ex becario del Consorcio Latinoamericano de Ciencias Sociales y del Premio François Bourricaud al Investigador en Ciencias Humanas y Sociales (2007). Autor de varios artículos y libros sobre el derecho de libertad religiosa, relaciones Iglesia-Estado, laicidad y derechos de los pueblos indígenas, ha sido docente universitario y actualmente es Asesor parlamentario en el Congreso de la República del Perú y Doctorando en la Universidad de París (Pantheón Sorbonne) y la Universidad de Sevilla.

Juana María Ibáñez Rivas (Perú). Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomada del Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y The International Center for Transitional Justice. Fue abogada en el Área Legal de la Corte IDH y responsable de programa en la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Bolivia, Ecuador y Perú. Actualmente, es consultora en temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario e investigadora del Groupe d'études en droit international et latino-américain de la Sorbonne (GEDILAS-IREDIES), Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne.

Leonardo Martins (Brasil). Licenciado en Derecho por la Universidad de São Paulo, Master (LL.M.) en Jurisdicción Constitucional de la Universidad Humboldt de Berlín y Doctor en Derecho Constitucional de la misma institución. Post-doctorados por el Instituto de estudios de medios Hans Bredow con la Universidad de Hamburgo, Alemania (2004) y el Instituto Erich Pommer como becario de la Fundación Alexander vs. Humboldt. En la actualidad es profesor adjunto, de la Universidad Federal de Rio Grande do Norte y Profesor Visitante en la Universidad Humboldt de Berlín (desde 2001). Tiene experiencia en el área de derecho constitucional, con énfasis en los Derechos Fundamentales.

Javier Mujica Petit (Perú). Abogado y magister en derechos humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente preside el Centro de Políticas Publicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD). Durante los años 2005 y 2012 fue encargado por el gobierno peruano de formular los Planes Nacionales de Derechos Humanos del Perú 2006-2010 y 2012-2016. Lleva a cabo periódicas misiones de investigación por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y ha publicado artículos, ensayos y libros sobre materias relacionadas con el derecho del trabajo y la seguridad social, los derechos de las mujeres, los migrantes y las personas con discapacidad, así como sobre los vínculos entre empresas y derechos humanos. Litiga en las cortes nacionales y el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos.

Claudio Nash Rojas (Chile). Director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1998) y Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2008). Es autor de varios libros, además, ha publicado diversos artículos y capítulos de libros en materia de derechos humanos, justicia constitucional, derechos indígenas, responsabilidad internacional y reparaciones.

Alejandra Nuño (México). Es abogada por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), con maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex. Ha sido abogada y directora del Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). También fue Cuarta Visitadora General de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). A partir de junio de 2013 es directora ejecutiva de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Ha colaborado con diversas publicaciones y artículos relacionados con derechos humanos.

Carlos María Pelayo Möller (México). Es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa y Maestro en Derecho (LL.M) por la Universidad de Notre Dame en los Estados Unidos de América con mención honorífica magna cum laude. Recibió la beca "Rómulo Gallegos" para laborar en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, se desempeñó como abogado de la Secretaría Ejecutiva en la Corte IDH en San José de Costa Rica. Asimismo, trabajó como abogado del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en donde litigó casos ante el Sistema Interamericano. Igualmente, ha participado de forma independiente como litigante en la Corte Interamericana. En la actualidad, es Doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, profesor en la Maestría en derechos humanos en la Universidad Iberoamericana campus Ciudad de México y consultor independiente en materia de derechos humanos.

Miguel Rábago Dorbecker (México). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Postítulo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Licenciado en Derecho por el ITESO, estudios de Maestría en Estudios Latinoamericanos de la UNAM. Profesor de Tiempo Completo en la Universidad Iberoamericana (México DF).

María Daniela Rivero (Venezuela). Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la Universidad de Notre Dame. Becaria Fulbright. Ha trabajado en el Comité de Víctimas de los Sucesos ocurridos en Febrero-Marzo de 1989 (COFAVIC), la Comisión Internacional de Juristas, en el escritorio de Abogados Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernandez, Linares & Chavero y en el Centro de Derechos Reproductivos en la oficina de Kenia. En la actualidad es Asesora Legal para Latinoamérica y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos en Bogotá, Colombia.

Tania Gabriela Rodríguez Huerta (México). Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) Maestra en Derecho y Candidata a Doctora en Derecho por la UNAM. Directora de la Licenciatura en Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías del ITAM, co-directora del Centro de Derecho Económico Internacional ITAM. Profesora de tiempo completo de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos. Tiene diversas publicaciones en temas de derechos humanos y derecho internacional público.

Oswaldo Ruiz-Chiriboga (Ecuador). Investigador doctoral (PhD) en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante (Bélgica); Máster (LLM) en Derechos Humanos y Justicia Criminal (Universidad de Utrecht, Holanda); Máster (LLM) en Derecho Penal Internacional (Universidad de Granada, España); Especialista Superior en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante, España); Especialista Superior en Derechos Humanos (Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador); Licenciado en Ciencias Jurídicas, Abogado y Especialista Superior en Derechos Humanos y Democracia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Fue Abogado Sénior de la Corte IDH y Abogado Sénior del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Es fundador y administrador de Corte IDH Blog (http://corteidhblog.blogspot.com), el primer blog dedicado a reportar las decisiones de la Corte Interamericana y los artículos académicos que se refieren a la misma.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina). Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal constitucional, del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina. Académico Nacional en Derecho y en Ciencias Morales y Políticas. Doctor en Derecho, Universidad de Madrid y Nacional del Litoral, Argentina. Doctor honoris causa por diez universidades de Latinoamérica. Profesor honorario de otras tantas casas de estudio. Autor de numerosas obras en derecho político, constitucional y procesal constitucional.

Luz María Sánchez Duque (Colombia). Investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) y profesora de Teoría Constitucional de la Universidad El Bosque. Es abogada de la Universidad de Caldas y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Ha publicado artículos en temas de derecho constitucional, justicia transicional y protesta social.

Liliana Tojo (Argentina). Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Programa para Bolivia y el Cono Sur del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Ha litigado casos ante la Comisión y la Corte IDH. Profesora Invitada de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Ha publicado artículos y trabajos en materia de derechos internacional de los derechos humanos y sobre género y derechos humanos.

Rodrigo Uprimny (Colombia). Abogado, Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie, con un DSU (magíster) en Sociología Jurídica de la Universidad de Paris II y un DEA (magíster) en Socioeconomía del desarrollo de la Universidad de Paris I (IEDES). Actualmente, se desempeña como Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad y como profesor de Derecho

Constitucional, Derechos Humanos y Teoría del Estado en la Universidad Nacional de Bogotá. Autor de múltiples artículos sobre derechos humanos, derecho constitucional, las tensiones entre derecho y economía, narcotráfico, administración de justicia; entre ellos: "El laboratorio colombiano: narcotráfico y administración de justicia en Colombia"; "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economia"; "Violence, Power and Collective Action: A Comparison between Bolivia and Colombia".

Carlos J. Zelada (Perú). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y *Master of Laws* (LL.M.) por Harvard Law School. Actualmente es profesor e investigador a tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico (Perú), e investigador asociado en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Argentina). También se desempeña como docente a tiempo parcial en la especialidad de Ciencia Política del Departamento Académico de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Sección de Postgrado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Ha sido becario de la Fundación Fulbright (2003-2004), de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2001 y 2012) y del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (2002). Entre 2004 y 2010 residió en Washington D.C. donde fue abogado de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultor de la Organización Panamericana de la Salud y profesor adjunto de la Facultad de Derecho de *George Washington University.* El profesor Zelada ha escrito diversos textos en torno a la justicia transicional, el derecho a la libertad de expresión así como la regulación jurídica de la sexualidad y el enfoque de género.

Semblanza curricular de los editores

Christian Steiner (Alemania). Rechtsanwalt y Abogado de los colegios de abogados de Berlin y Sevilla. Graduado por la Universidad de Freiburg tras estudios del Derecho en las Universidades de Göttingen, Granada y Freiburg donde también se desempeñó como investigador en los departamentos de Derecho Penal Internacional y para América Latina del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Extranjero. Doctor en Derecho por la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt. Realizó sus dos exámenes de Estado y la pasantía jurídica en Baden-Württemberg, Alemania. Para la Comunidad Europea ha asesorado al Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía de Bosnia y Herzegovina. Por encargo del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania, en Bosnia también actuó como asesor jurídico en el Tribunal Constitucional de Bosnia y en la Oficina del Alto Representante de la Comunidad Internacional en el mismo país. Tras el ejercicio de la abogacía en España durante varios años, desde julio de 2009 es Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Patricia Uribe (México). Es Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, y Maestra (LL.M.) en Estudios Avanzados en Derecho Internacional Público con especialidad en Paz, Justicia y Desarrollo por la Universidad de Leiden en los Países Bajos. Se desempeñó como asesora jurídica e investigadora del Progarama Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en los temas sobre incorporación del derecho internacional público en el orden jurídico de los Estados, el sistema interamericano de derechos humanos, la justicia transicional, el derecho penal internacional, y los derechos de los pueblos indígenas. Es autora de diversas publicaciones sobre derecho internacional público, y ha sido profesora adjunta a nivel licenciatura y posgrado de las materias de derecho internacional público y solución internacional de controversias en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

Tabla de contenidos

Abreviaturas

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
CADESC	Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”
CADHyP	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
CAT	Committee Against Torture, (Comité Contra la Tortura)
CCT	Convención contra de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura)
CDI	Comisión de Derecho Internacional (de la Organización de las Naciones Unidas)
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)
CEDM	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés)
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
CIEFDPD	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CIEFDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CIFDRI	Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación Racial e Intolerancia
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIPSEVM	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”
CIPDTMF	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias

CIRDRFCI	Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia
CLS	Comité de Libertad Sindical
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte ADHyP	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Corte IDH, Cr IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FEBEM	Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor
FIDH	Federación Internacional de Derechos Humanos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCADHAPM	Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNESCO (en inglés)	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

PREÁMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente: […]

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* supra nota 1, párr. 225 y Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a propósito de este caso.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Sobre La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.

Artículos y publicaciones académicos

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Actas y documentos Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. 7 a 22 de noviembre de 1969, Washington, D.C.

GARCÍA ROCA, Javier, *El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional de orden público europeo,* en: García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, pp. 27 y 28.

GARDINER, Richard, *Treaty Interpretation. New York, Oxford University Press,* The Oxford International Law Library, 2008, p. 186.

REY ANAYA, Ángela Margarita y REY CANTOR, Ernesto. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis, 2008, p. 29.

CIANCIARDO, Juan (coord.). *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos, Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada,* Perú, Universidad de Piura, 2005, p. 120.

MASSINI, Carlos I. *Filosofía del derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, p.148.

Índice

I. Introducción

En el presente estudio se ofrecerá un panorama general de las ideas y conceptos más relevantes contenidos en el Preámbulo de la CADH. Para ello, en primer lugar, se hará una reseña del itinerario histórico que inició con la formación de la OEA y concluyó con la firma del Pacto de San José en 1969 y el inicio de las funciones de la Comisión y la Corte Interamericanas.

Posteriormente, se hará mención de cada uno de los conceptos integrados en el Preámbulo objeto de nuestro análisis, como son el de instituciones democráticas, los atributos de la persona humana, la protección internacional, entre otros. Finalmente, se afirmará el rol y fines del Preámbulo del Pacto de San José, de acuerdo con los comentarios, citas jurisprudenciales y doctrinales que ofreceremos en los apartados siguientes.

II. La formación del SIDH

La CADH es el resultado de un camino largo y accidentado pero muy fructífero, en el cual, una aspiración común por parte de la mayoría de las naciones integrantes del Continente, permitió paulatinamente la consumación de un o bjetivo noble y esperanzador: el fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos en el territorio americano.

En el muy interesante itinerario histórico de la formación del sistema interamericano de derechos humanos destacan, particularmente, la aparición de la OEA, así como su Carta, la cual ha sido reformada en cuatro ocasiones por el Protocolo de Buenos Aires (1967), el Protocolo de Cartagena de las Indias (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993). Más importante aún para el tema que nos ocupa es hacer mención a la concepción y nacimiento de la CADH (1969), o Pacto de San José, para lo cual es particularmente importante recurrir a los documentos que hacen referencia a los trabajos preparatorios de su formación. Sobre todos estos antecedentes, sin afán de exhaustividad, nos ocuparemos a continuación.

1. La OEA

La Organización de Estados Americanos es un organismo regional con sede en la ciudad de Washington, DC. Su origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana llevada a cabo entre 1889 y 1890 en la capital estadounidense, en la cual se acordó formar la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y la Agencia Comercial de las Repúblicas Americanas. Después, la Agencia Comercial de las Repúblicas Americanas se transformó en la Unión Panamericana por resolución de la IV Conferencia Interamericana celebrada en 1910 en Buenos Aires, Argentina, y ésta, a su vez, en la OEA, la cual quedó constituida en la IX Conferencia Internacional celebrada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia. En esta Conferencia, se suscribieron, además de la Carta a la que nos referiremos a continuación, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[1]

2. La Carta de la OEA (1948)

En dicha IX Conferencia Internacional Americana se suscribió la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la cual entró en vigencia en 1951. Los países firmantes fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El ordenamiento de veintidós capítulos también está integrado por un preámbulo en el que destaca un elemento que permanece en la CADH vigente en nuestros días, concretamente, el propósito de consolidar, "dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". Los propósitos de los Estados firmantes de esta Carta fueron "lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia". Asimismo, en el artículo tercero, se reafirma el principio de proclamación de "los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo".

Para el propósito del desarrollo del tema que se presenta, es particularmente interesante el artículo 34; aunque no se le califica explícitamente como un itinerario para permitir "a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"

[1] Esta declaración, que constituye un precedente muy importante en la formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contempló los derechos a la vida, la libertad, seguridad e integridad de la persona (artículo 1), a la igualdad ante la ley (artículo 2), a la libertad religiosa y de culto (artículo 3), a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (artículo 4), a la protección de la honra, reputación personal, la vida privada y familiar (artículo 5), a la constitución y protección de la familia (artículo 6), a la protección de la maternidad y la infancia.

(tal como aparece en la Convención Americana vigente), sí se establecen metas para alcanzar “los objetivos básicos del desarrollo integral”, como son la distribución equitativa del ingreso nacional; la modernización de la vida rural; la materialización de salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; la erradicación rápida del analfabetismo; la posibilidad de acceder, por todos los sectores de la población, a una vivienda adecuada, etcétera.[2]

Es importante mencionar, a propósito de este ordenamiento internacional, que en su artículo 53 se introduce como órgano de la OEA a la Comisión IDH, la cual, de acuerdo con el artículo 106, “tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. Además, se integra un segundo párrafo en el mismo artículo que establece que “una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”, lo cual debe considerarse como un punto de inflexión clave para la formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Finalmente, se establece, en el artículo 150, que “mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos”.

3. Reformas a la Carta de la OEA

El Protocolo de Buenos Aires (1967)

La Carta de la OEA que entró en vigencia en 1951 fue enmendada en 1967 en Argentina, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o “Pacto de Buenos Aires”, en el marco de la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, el cual entró en vigor en 1970. En este documento, la entonces breve regulación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pasó del capítulo XV del ordenamiento de 1948 al capítulo XVIII. Asimismo, se le concede

---

(artículo 7), al derecho de residencia y tránsito (artículo 8), a la inamovilidad del domicilio (artículo 9), la inviolabilidad y circulación de correspondencia (artículo 10), a la preservación de la salud y el bienestar (artículo 11), a la educación (artículo12), a los beneficios de la cultura (artículo 13), al trabajo y a una justa retribución (artículo 14), al descanso y a su aprovechamiento (artículo 15), a la seguridad social (artículo 16), al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles (artículo 17), a la justicia (artículo 18), a la nacionalidad (artículo 19), al sufragio y la participación en el gobierno (artículo 20), al derecho de reunión (artículo 21), de asociación (artículo 22), de propiedad (artículo 23), de petición (artículo 24), de protección contra la detención arbitraria (artículo 25), derecho a un proceso regular (artículo 26) y al asilo (artículo 27). Además, esta declaración ofrece un preámbulo que hace un énfasis muy especial en el carácter innato de la dignidad humana, tema sobre el que nos referiremos en el apartado respectivo a los elementos que constituyen el preámbulo de la CADH: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

[2] Carta de la Organización de los Estados Americanos. Capítulo VII. Artículo 34. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] b) Distribución equitativa del ingreso nacional; [...] d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; [...] k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población.

al Consejo Permanente la facultad de presentar observaciones a la Asamblea General sobre los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[3]

Los Estados miembros de la OEA se reunieron nuevamente en 1985, en el marco del XIV Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, llevado a cabo en la ciudad de Cartagena de las Indias, Colombia, para reformar la Carta americana. Cabe destacar que el grupo de reformas que se comentan se llevaron a cabo dieciséis años después de la firma del Pacto de San José el cual comentaremos en el siguiente apartado.

Para lo que aquí interesa, la Carta fue reformada sustancialmente en el apartado correspondiente al Preámbulo, haciendo referencias explícitas a la necesidad de "ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones", la aspiración de robustecer las democracias representativas pues son una "condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región" y de consolidar en este continente "un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".[4]

El Protocolo de Washington (1992)

El 14 de diciembre de 1992, en el marco del XVI Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General se reformó nuevamente la Carta de la OEA en la ciudad de Washington, D.C. En síntesis, la reformas se refieren principalmente a los miembros de la Organización "cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza [por lo que] podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General", entre otros artículos, ninguno de los cuales hace referencia explícita al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Protocolo de Managua (1993)

Asimismo, el 10 de junio de 1993, la Asamblea General de las OEA celebró el XIX Período Extraordinario de Sesiones en la ciudad de Managua, Nicaragua, para reformar diversas disposiciones de la Carta interamericana, de las cuales ninguna corresponde a la Comisión IDH o al sistema de defensa de los derechos establecido, ya entonces, desde hace diecisiete años.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en noviembre de 1965, se dispuso encomendar al Consejo de la OEA que actualizara y completara el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959 y, una vez revisado, previo dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el proyecto fuera sometido a los gobiernos para que formularan las observaciones y enmiendas que

---

[3] Carta de la Organización de los Estados Americanos. Capítulo XII Artículo 91. Corresponde también al Consejo Permanente: [...] f) Presentar, cuando lo estimare conveniente, observaciones a la Asamblea General sobre los informes del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos".

[4] El preámbulo quedó redactado de la siguiente manera: "En nombre de sus pueblos, los Estados representados en la IX Conferencia Internacional Americana: convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones; conscientes de que esa misión ha inspirado ya numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y de propiciar, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno, el mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho; ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; persuadidos de que el bienestar de todos ellos, así como su contribución al progreso y la civilización del mundo, habrá de requerir, cada día más, una intensa cooperación continental; determinados a perseverar en la noble empresa que la humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente; convencidos de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia; y de acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México"

consideraran pertinentes para, después, convocar a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. La actualización y complementación del proyecto se presentó, la primera parte, el 4 de noviembre de 1966, y, la segunda, el 10 de abril de 1967. Asimismo, los gobiernos de Uruguay, Chile, Argentina, República Dominicana, Estados Unidos, México, Ecuador, Guatemala y Brasil formularon observaciones a partir del 7 de junio de 1967 y durante tres meses.[5]

Así, el 12 de febrero de 1969, el Consejo de la OEAdecidió convocar a la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos “para que considere el proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que ha sido elaborado de acuerdo con la resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, así como las observaciones y enmiendas que formulen los gobiernos y decida sobre la aprobación y firma de la aludida Convención”. Finalmente, el 21 de agosto de 1969, dicho Consejo aprobó “señalar para la celebración de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos la ciudad de San José, Costa Rica, [durante] el período del 7 al 22 de noviembre de 1969”.[6]

Durante los días en los que tuvo lugar la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en la ciudad de San José, Costa Rica, según se advierte en las actas de dicha Conferencia, se vertieron agudas y prudentes opiniones por parte de los representantes de las veintiséis naciones que asistieron a este trascendente foro, a las cuales nos referiremos en el siguiente apartado, con especial énfasis en las referentes a la formación del Preámbulo de la Convención Americana. Concretamente, los especialistas que participaron en la citada Conferencia fueron: Gonzalo García Bustillos (Venezuela), Antonio Martínez Báez (México) y Juan Isaac Lovato (Ecuador) –respectivamente, presidente, vicepresidente y relator de la Conferencia–, así como los señores Manuel Castro R. (El Salvador), Pedro Pablo Camargo (Colombia), George Collymore (Trinidad y Tobago), Richard D. Kearney (Estados Unidos), Eliseo Pérez Caldaso (Honduras), Juan Alberto Llanes (Paraguay), Narciso E. Garay (Panamá), Raúl A. Quijano (Argentina), Carlos A. Dunshee de Abranches (Brasil), Mario Artaza (Chile), Julio César Lupinacci (Uruguay), Luis Aycinena S. (Guatemala), Santos Vanegas Gutiérrez (Nicaragua), Víctor Fernández Dávila (Perú), Ignacio Arcaya (Venezuela), Alfosina de Chavarría (Costa Rica), Rafael Urquía (Secretario General Adjunto de la OEA), Guillermo Cabrera (Asesor Técnico de la Conferencia) y Alfredo Pérez Zaldívar (Secretario de Actas).[7]

III. La función de los preámbulos de los tratados en el derecho internacional

La CVDT de 1969 dedica sus artículos 31, 32 y 33 a explicar cómo se debe realizar la interpretación de dichos instrumentos internacionales. Al respecto, en su artículo 31, apartado 2° la Convención de Viena señala que, a tales efectos, el contexto de un tratado comprenderá, además del texto, su preámbulo y, en su caso, los anexos incluyendo otros elementos.[8] Esta norma complementa la que se enuncia en el apartado 1° del mismo artículo que dispone que los tratados deben interpretarse de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo

[5] Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Actas y documentos Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. 7 a 22 de noviembre de 1969, Washington, D.C., p. 1.

[6] *Ibidem*, pp. 2 y 3.

[7] Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Actas y documentos Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. 7 a 22 de noviembre de 1969, Washington, D.C., p 141.

[8] García Roca, Javier, *El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional de orden público europeo*, en: García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, p. 27 y 28.

en cuenta su objeto y fin".[9] La relevancia del Preámbulo de los tratados internacionales de derechos humanos es indiscutible, toda vez que aluden, por lo regular, a un contexto hermenéutico desde el cual debe comprenderse el tratado antes de interpretar sus normas.[10]

En los tratados internacionales, el preámbulo (cuando lo hay) usualmente consiste en una enumeración detallada de motivaciones, ánimos y consideraciones que son establecidas como ideas que fueron consideradas en su proceso de conformación.[11]

Igualmente, se ha aceptado que los preámbulos tienen un significado textual y teleológico. Su significado textual es parte del aparato para seleccionar y modificar el significado de los términos ordinarios utilizados. Por otra parte, cuando se establecen las intenciones y objetivos de un tratado, los preámbulos por lo regular, ayudan a identificar el objeto y el propósito del tratado. Sin embargo, no debe ser asumido que todos los preámbulos poseen el mismo valor. Algunos son negociados muy cuidadosamente; otros, por el contrario, son puestos sin tantas previsiones.[12] En el caso de los tratados multilaterales modernos más importantes, donde hay buenos registros de la historia de la negociación, los *travaux preparatoires* pueden revelar el cuidado que se ha puesto en la elaboración de los preámbulos.[13]

En la doctrina más aceptada en el ámbito del derecho internacional público, la enumeración que se realiza en los preámbulos no es un lugar adecuado para describir obligaciones, las cuales se encuentran usualmente en la parte operativa de los artículos del tratado o incluso en sus anexos. Sin embargo, *ha sido consistentemente aceptado que los preámbulos pueden imponer compromisos interpretativos.*[14]

Así, en los tratados internacionales modernos, las disposiciones sustantivas tendrán usualmente una mayor claridad y precisión que lo establecido en el preámbulo. No obstante, *si surgiese una duda sobre el significado de una provisión sustantiva, el preámbulo podría justificar una interpretación más amplia de dicho precepto, o al menos podría servir como fundamento para rechazar una más restrictiva.*[15]

IV. Los elementos del Preámbulo del Pacto de San José

El Preámbulo de la CADH "contiene los principios y valores (desde el punto de vista filosófico) que iluminan el texto de la Convención. En su segundo considerando, se afirma que el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Es claro que la protección se logra con órganos internacionales competentes (complementarios a los tribunales y jueces internos de los Estados), lo que permite inferir que la parte procesal de la Convención se ilumina con esos principios y valores que nutren la actividad de los órganos internacionales encargados de verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados, en relación con los derechos humanos enumerados en la parte sustantiva".[16]

En la primera sesión de la comisión encargada de la revisión del proyecto de Convención Americana, llevada a cabo el 10 de noviembre de 1969, después de comprobar la existencia del quórum y declarar abierta la sesión, se sometió a la consideración de las delegaciones comenzar por el estudio del

---

9 *Ibid.*
10 *Ibidem*, p. 52.
11 Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation.* New York, Oxford University Press, The Oxford International Law Library, 2008, p. 186.
12 *Ibid.*
13 *Ibid.*
14 *Ibid.*
15 *Ibidem*, p. 187.
16 Rey Anaya, Ángela Margarita y Rey Cantor, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis, 2008, p. 29.

articulado del proyecto de Convención y dejar la discusión del Preámbulo para el final pues, de esta forma, una vez acordados los elementos de cada uno de los artículos de la naciente Convención, *la discusión a propósito del Preámbulo se llevaría a cabo bajo la intención de dar un sentido general, a través de principios y valores, a los derechos garantizados en el ordenamiento interamericano.* Esta propuesta, después de ser discutida ampliamente, fue aprobada.[17]

Posteriormente, en la sesión del mismo día, el profesor René Cassín, premio Nobel de la Paz y reconocido como uno de los principales redactores del Preámbulo del proyecto de Convención, defendió "la conveniencia de mencionar, en el Preámbulo de la futura convención, la Declaración Universal adoptada en 1948 por las Naciones Unidas, concretamente en el párrafo 3, "en el cual figuran como título la Organización Americana y la Declaración Americana. Esa referencia al instrumento que primero consagró la universalidad de los esfuerzos de la humanidad debería justificadamente intercalarse entre la referencia a los instrumentos americanos y a la de los demás instrumentos, universales o regionales, que no se mencionan específicamente".[18]

El 18 de noviembre de 1969 concluyó el estudio y aprobación del articulado encomendado a la primera comisión y, a continuación, ese mismo día, se pasó al estudio y discusión del Preámbulo del proyecto de Convención. Asimismo, con este proyecto, se presentó otro proyecto de preámbulo presentado por la delegación de Colombia. Éste, a pesar de sufrir varios cambios propuestos por algunos delegados, fue rechazado. Después, el señor Mario Artaza, delegado de Chile, propuso que se incorporara, antes del último párrafo del proyecto original, el siguiente texto: "Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". Asimismo, el señor Dunshee de Abranches, delegado de Brasil, reiteró, haciendo referencia al discurso del profesor Cassín, al que hemos hecho mención en el penúltimo párrafo, la conveniencia de mencionar explícitamente la DUDH. Después de concluido el debate, el Presidente sometió a votación ambas propuestas, la cuales fueron aprobados por unanimidad.[19]

El Preámbulo aprobado comienza afirmando que los Estados signatarios de la Convención reafirman su propósito de consolidar en el continente un régimen de libertad personal y justicia social, lo cual debe entenderse en el cuadro de las *instituciones democráticas*. Las referencias a la idea de *sociedad democrática* aparecen varias veces en el articulado de la Convención. Así, en el artículo 15 se establece que el ejercicio del derecho de reunión sólo puede restringirse en los casos previstos en la ley que son necesarios "en una sociedad democrática". La misma condición se establece en el artículo 16.2 para la restricción del derecho a asociarse libremente y en el artículo 22.3 con respecto al derecho de circulación y residencia. En el artículo 29, el cual se refiere a la normas de interpretación de la Convención, establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la *forma democrática representativa de gobierno*". Finalmente, en el artículo 32, que se refiere a la correlación entre deberes y derechos, establece que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común *en una sociedad democrática*".

A propósito de la noción de *instituciones democráticas* a la que se hace referencia en el Preámbulo de la Convención, también debe citarse el artículo 23 de la misma, el cual se refiere a los derechos políticos, concretamente, a los de "participar en la dirección de los asuntos públicos", "votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas" y "tener acceso… a las funciones públicas del país". Sin embargo, la idea de instituciones democráticas no se restringe a los derechos establecidos en este artículo. Así

[17] Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Actas y documentos Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. 7 a 22 de noviembre de 1969, Washington, D.C., p. 142.

[18] *Ibidem*, p. 153.

[19] *Ibidem*, pp. 284 y 285.

lo ha entendido, por ejemplo, el juez de Roux Rengifo: "El preámbulo de la Convención Americana comienza haciendo referencia a las *instituciones democráticas*, como marco general del régimen de libertades y derechos que busca consolidar la propia Convención. [...] Estas previsiones [...] expresan un compromiso de la Convención con la democracia política representativa que va más allá de lo que podría colegirse del mero artículo 23, referente a los derechos políticos del individuo (votar y ser elegido, etc.)".[20]

A continuación, en el Preámbulo de la Convención, se establece que ese régimen de libertad personal y justicia social que se propone consolidar en el continente dentro del cuadro de las instituciones democráticas se funda en el respeto *a los derechos esenciales del hombre*. Asimismo, se afirma, que estos derechos esenciales *"no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"*. Esta parte del Preámbulo se encuentra en íntima relación al artículo 1o de la Convención, en el cual los Estados se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y, además, se reafirma con la disposición que establece que, para los efectos de esta Convención, "persona es todo ser humano".

El tema del fundamento de los derechos humanos es típico del debate jurídico-filosófico del siglo pasado y también del actual. En este contexto, podemos encontrar posturas *iuspositivistas* (que sostienen que el problema de la fundamentación de los derechos se encuentra resuelto desde el momento en que estos encontraron el consenso político que les dio validez, esto es, desde que son derecho positivo) y *iusnaturalistas* (las cuales, bajo el argumento de que la positivación de los derechos no ha bastado para detener sus constantes atropellos, afirman que estos necesitan ser explicados racionalmente).[21] En el discurso de esta última postura, es constante y común encontrar referencias a la idea de que el fundamento de los derechos radica en la *dignidad* de la persona humana, es decir, que la base de su reconocimiento nace de identificar la noción de *persona* con su *dignidad*.[22] El predominio de posturas que justifican los derechos en la dignidad del ser humano tiene su origen, principalmente, en los

---

[20] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 2. Voto concurrente del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo. En el mismo documento, el juez de Roux Rengifo, a propósito de "la atribución a los tribunales militares de la facultad de juzgar civiles", advirtió que esta situación implica, por sí, "una ruptura con el principio democrático de la división de poderes, porque trae a la órbita gubernamental una función propia de otra rama del poder público, la judicial" y esto "implica ya de suyo colocar un segmento de la actividad estatal por fuera de los cánones de la moderna democracia política pero comporta, además, el riesgo de afectar nocivamente la estructura y el funcionamiento de porciones más amplias de la institucionalidad democrática". Sin embargo, en el mismo voto concurrente, el juez …citado afirma que "el tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría, sin embargo, que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana por motivos relacionados con dicha vinculación".

[21] Es importante precisar que, dentro del marco de propuestas teóricas que ofrece el iusnaturalismo, no sólo hay posturas que defienden el discurso de los derechos humanos, sino también aquéllas que lo niegan: "De un lado, resulta indiscutible la filiación moderna de las derechos; es decir, su dependencia como concepto histórico de una Modernidad que se consideraba en crisis y que se prefería olvidar. De otro, un discurso consistente acerca de los derechos parece requerir la aceptación de determinados bienes o valores básicos que actúan como límite –al menos– del derecho positivo, en sintonía con la propuesta iusnaturalista. Según se pusiera el acento en la primera característica o que se rescatase la segunda, surgieron autores iusnaturalistas que negaron la utilidad y conveniencia del discurso de los derechos, y otros que lo aceptaron, proponiendo, eso sí, su replanteamiento". Ver al respecto: Cianciardo, Juan (coord.), "Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos", *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Perú, Universidad de Piura, 2005, p. 120.

[22] Así, por ejemplo, Carlos I. Massini afirma que la fundamentación de los derechos humanos "aparece revestida de dos carácteres principales: se trata de una fundamentación (i) absoluta, en el sentido de que los principios sobre los que se fundan los derechos son absolutos, es decir, inexcusables o inexcepcionales, y (ii) trascendente, en el sentido de que la dignidad que corresponde a la persona humana se vincula con su grado de participación en el ser, es decir, en una realidad trascendente a la conciencia humana". Ver al respecto: Massini. Carlos I., *Filosofía del derecho*. *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, p.148.

lamentables eventos históricos de la primera mitad del siglo XX que destacaron por su documentada vulneración a los derechos más elementales, entre otras razones, porque los regímenes jurídico-políticos vigentes en estos períodos condicionaron el respeto a la dignidad humana a consideraciones de color, raza, condición económica, cultura, etcétera, establecidas en la legislación y no en la idea de que el ser humano es algo valioso y digno de respeto por el solo hecho de serlo.[23]

En este contexto, en el Preámbulo de la DUDH de 1948 se declara que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", y el artículo 1 del mismo ordenamiento establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos".[24]

Si bien en el Preámbulo de la CADH no hay una referencia explícita a la *dignidad de la persona humana*, fácilmente puede advertirse que éste es el sentido de la justificación de los derechos de la Convención a la que se hace referencia en las expresiones "fundado en el respeto a los derechos esenciales del hombre", "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado" y "tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Además, más adelante, en el mismo Preámbulo, se cita la consideración a los principios de la DUDH (lo cual, como citamos anteriormente, fue gracias a la intervención del profesor Cassín en la Convención de 1969), misma que, de acuerdo con el párrafo anterior, se pronuncia a favor de una fundamentación de los derechos más allá de su concretización en el derecho positivo. Y, por si fuera poco, en el articulado de la propia Convención se hace referencia, al menos en tres ocasiones, a la noción de dignidad de la persona humana: en el artículo 5 se establece que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la *dignidad* inherente al ser humano"; el artículo 6, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, establece que "el trabajo forzoso no debe afectar a la *dignidad* ni a la capacidad física e intelectual del recluido"; y el artículo 11, que explícitamente se refiere a que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su *dignidad*".

Por si fuera poco, con respecto a la expresión del Preámbulo que hace referencia a los derechos esenciales del hombre y su fundamentación, vale la pena citar la Opinión Consultiva 6/86, en la cual la Corte IDH, en nuestra opinión, reafirma lo dicho hasta ahora: "En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional

---

[23] Cianciardo, Juan (coord.), *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos, Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada,* Perú, Universidad de Piura, 2005, p. 119. "Los juristas alemanes, formados en el positivismo, se habían visto privados de herramientas conceptuales con las que enfrentar una legislación en muchos puntos aberrante. La consecuencia de esta crisis no supuso, no obstante, en la mayoría de los casos, un abandono total del positivismo, sino su replanteamiento. En concreto, un conjunto más o menos homogéneo de autores positivistas coincidió en dejar de lado la llamada 'tesis ideológica' o 'tesis de la obediencia' y algunas de las tesis más criticadas de la teoría jurídica positivista, como la de la aplicación mecánica, la de la coherencia y la de la plenitud. Estos autores mantuvieron, no obstante, la tesis epistemológica, es decir, la que propone la separación conceptual entre derecho y moral, la tesis coactiva o de las fuentes sociales y, en menor medida, las tesis imperativa y legalista […Así, la] vía generalmente utilizada para superar la tesis de la obediencia consistió en la asunción de la teoría de los derechos humanos. A partir de 1945, se propuso, la ley no puede tener cualquier contenido, sino que cuenta con un límite negativo, con un conjunto de valores o bienes que no puede violentar, constituido por los derechos humanos".

[24] Además, también el preámbulo de esta Declaración, se considera "que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"; en el artículo 22 se establece que toda persona tiene derecho "a la seguridad social , y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"; y en el artículo 23 que "toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social".

democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".[25]

Estos derechos esenciales del hombre que "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" precisan, establece el propio Preámbulo, de "una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

Este control complementario a los controles de derecho interno, además, es *convencional.* Como se ha advertido,[26] la doctrina del control de convencionalidad surge en el año 2006 en el caso Almonacid Arellano contra Chile,[27] en cuya resolución explícitamente se señaló que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".[28] Después, en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, se estable que este control: 1) procede de oficio sin necesidad de que las partes los soliciten; y 2) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.[29]

Desde entonces, esta doctrina ha encontrado aplicación en los casos La Cantuta contra Perú (2006),[30] Boyce y otros contra Barbados (2007),[31] Heliodoro Portugal contra Panamá (2008),[32] Rosendo Radilla Pacheco contra México (2009),[33] Manuel Cepeda Vargas contra Colombia (2010),[34] Comunidad

---

[25] Corte IDH. *Sobre la expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, párr. 26. Además, en el párrafo 27 de esta misma opinión, la Corte, al delimitar muy bien la esfera de restricción de estos derechos y libertades, presupone la importancia de la dignidad humana sobre las determinaciones y necesidades del poder público: La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. Véase también: Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 3, y Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

[26] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Supra nota 1, párr. 225 y Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a propósito de este caso, párrs. 17 a 24.

[27] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile.* Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.

[28] *Ibidem*, párr. 124.

[29] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

[30] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

[31] Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

[32] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

[33] Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

[34] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.

indígena Xákmok Kásek contra Paraguay (2010),[35] Fernández Ortega y otros contra México (2010),[36] Rosendo Cantú y otra contra México (2010),[37] Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia (2010),[38] Vélez Loor contra Panamá (2010),[39] Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil (2010)[40] y Cabrera García y Montiel y Flores contra México (2010).[41]

Particularmente, en este último caso, la Corte fortalece la doctrina del control de convencionalidad al sustituir la referencia al "Poder Judicial", que aparecía desde 2006, por la de "todos sus jueces", con lo cual se confirma que este control debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, las cortes, salas o tribunales constitucionales, así como a las cortes supremas de justicia y demás altas jurisdicciones de los veintitres países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH.[42]

V. Reflexiones finales

Como se advirtió en el apartado anterior, de acuerdo con los documentos que dejaron constancia de las discusiones de los integrantes de la CADH de 1969,[43] la aprobación del Preámbulo de la Convención Americana tuvo un contexto particularmente especial. El hecho de dejar para el final la discusión de este dispositivo fundamental del ordenamiento interamericano, esto es, de decidir concluir primero la formación del articulado de la Convención para, después, iniciar con el proyecto de Preámbulo, habla de que ya los miembros de aquella Comisión entendían que estos párrafos no podían ser una mera presentación, un decorativo de esta carta de derechos. Entendían que el sentido de los elementos del Preámbulo era el de orientar los preceptos de la Convención y, por tanto, lejos de ser ajeno a ésta, debía ser un elemento integrante de la misma.

Esto es particularmente importante en un ordenamiento que no está sometido a uno de jerarquía superior, como es el caso de la CADH. Más allá del principio de jerarquía normativa que, como sabemos, es más que discutible en nuestros días,[44] la idea es que, mientras una ley o un reglamento puede ser interpretado a la luz de su respectiva constitución o un tratado internacional, el Pacto de San José está condicionado sólo por los desarrollos jurisprudenciales que la Corte Interamericana paulatinamente va desarrollando. Así, un marco interpretativo que dé cohesión y sentido a los principios contenidos en los artículos de la Convención, como es el Preámbulo, se vuelve muy importante, sobre todo a la hora de intentar entender, por ejemplo, las nociones *de instituciones democráticas, derechos esenciales del hombre, control de convencionalidad,* entre otros.

---

[35] Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

[36] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.

[37] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.

[38] Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

[39] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218,

[40] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.

[41] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* supra nota 1, párr. 225.

[42] *Ibidem*, y voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a propósito de este caso, párrs 17 a 24.

[43] Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Actas y documentos Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. 7 a 22 de noviembre de 1969, Washington, D.C.

[44] Como es bien sabido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acogido invariablemente el principio pro homine, o principio pro persona, el cual está previsto en el artículo 29 del Pacto de San José e implica efectuar la interpretación de las disposiciones jurídicas más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Al

Es así que con el devenir de los años, la labor de la Corte Interamericana la ha ido convirtiendo poco a poco en un tribunal encargado de crear las bases jurídicas de convivencia mínima en el continente, el llamado *ius constitutionale commune,* basado en el respeto y garantía irrestrictas de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y los otros tratados que complementan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Preámbulo puede tener eventualmente un rol importante en la interpretación y aplicación de la Convención, toda vez que se erige como la base a partir de la cual fueron enmarcados los derechos establecidos en la Convención. Así entendido, el Preámbulo de la CADH está dotado de sentido jurídico pues orienta, realiza y se interrelaciona con los derechos, y es el hilo conductor que armoniza, integra y dota de plena razonabilidad al ordenamiento interamericano.

respecto, la Corte Interamericana se ha pronunciado, por ejemplo, en la Opinión Consultiva 5/85: "En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce". Ver al respecto: Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I - ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela.* Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM vs. Brasil.* Resolución de 30 de noviembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam.* Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 138 y 139.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo,* reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Serie C No. 101.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Cyprus vs. Turkey.* Sentencia de 10 de mayo de 2001, App. 25781/94. 35 E.H.R.R.731.

TEDH. *Ilascu and Others vs. Moldava and Russia*. Sentencia de 8 de Julio de 2004, App. 48787/99. 40 EHRR 1030.

Corte Internacional de Justicia

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

Artículos y publicaciones académicos

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones,* en: von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?,* México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II.

CIDH. Informe No. 86/99 Caso 11.589. 29 de septiembre de 1999.

CASSESE, Antonio. *International Law.* 2[a]. ed., New York, Oxford University Press, 2005.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial,* Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

LANDA, César y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Sepúlveda Ricardo y García Ricci, Diego (coords.) *Estudios jurídicos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario.* Volumen: Derecho Constitucional de los Derechos Humanos.

NASH ROJAS, Claudio. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos,* México, Porrúa, 2009.

Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta,* 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

Comité Haitiano de Derechos Humanos, et. al. Informe No 51/96, Caso No. 10.675 (Estados Unidos) 13 de marzo de 1997.

RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego. *Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, American University Washington College of *Law:http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm.*

CASSEL, Douglas, *El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en: von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?,* México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* México, Fundap, 2012.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *La Convención Americana como derecho interno, Revista del IIDH,* San José, enero-junio de 1988.

QUEL LÓPEZ, Francisco Javier. *La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales*, en: Carlos Fernández de Casadevante Romani (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* 3a. ed., Madrid, Editorial Dilex, 2007.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos,* 2ª. ed., México, CNDH, 1999.

_________________. *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional,* Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo, Santiago,* Editorial Jurídica de Chile, 1991.

HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L. *Derecho internacional de los derechos humanos,* 2ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 1.

CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego. *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1079-2004,* San José, Corte IDH, 2005.

GOMES, Luiz Flávio y DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica,* 3a. ed., Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

PARRA VERA, Óscar, y GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne. *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz,* en *Revista IIDH,* No. 47, 2008.

LEACH, Philip. *Taking a Case to the European Court of Human Rights,* 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2005.

SEPÚLVEDA, Ricardo y GARCÍA RICCI, Diego. *Derecho constitucional de los derechos humanos,* Obra Enciclopédica Jurídica, México, Escuela Libre de Derecho, 2012.

Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator,* Washington, D.C., Oct 18, 1923, 18 American Journal of International Law 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923).

Índice

I. Introducción

El artículo 1º de la CADH es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de "respetar" los derechos y libertades ahí contenidos y "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción "sin discriminación alguna", permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la *plena efectividad* de los derechos y libertades que contiene.

Así, este dispositivo no constituye una "norma programática" como algunos consideran. La Convención Americana tiene *aplicación directa* en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o se ha adherido.[1] Como lo expresa Humberto Nogueira Alcalá, precisamente al analizar este precepto, las obligaciones contenidas en el Derecho Convencional Internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen para todos los jueces nacionales "derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyo los artículos 36 y 31.1, por una parte y el 27 de la CVDT, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*Pacta Sunt Servanda y Bonna Fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales".[2]

Dicho tratado internacional tiene vigencia en veintitres países de la región con la consecuente obligación de todos los órganos y poderes de los Estados Parte de aplicarla. La Convención Americana es derecho interno de fuente internacional.[3] Sin embargo, resulta paradójico que a pesar de la importancia que reviste para los órdenes jurídicos nacionales y especialmente para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, con mayor intensidad a partir del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, su aplicación se haya efectuado de manera "esporádica" por muchos países; como si se tratara de una prerrogativa del Estado y no como un "deber" que limita y guía su actuación.

Además, resulta indispensable conocer a plenitud la jurisprudencia de la Corte IDH al tener una *eficacia directa* (como lo tiene el propio Pacto de San José), debido a que este órgano jurisdiccional tiene la competencia de "interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos" conforme lo estipula el artículo 1º del Estatuto de la propia Corte IDH aprobada por la OEA en 1979.

---

1 *Cfr.* Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L, *Derecho internacional de los derechos humanos,* 2ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 1, pp. 528 a 529.

2 Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* México, Fundap, 2012, pp. 331 a 389, en p. 332. Asimismo, véase su libro *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano,* 2ª. ed., Santiago, Editorial Librotecnia, 2012.

3 *Cfr.* Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *La Convención Americana como derecho interno*, Revista del IIDH, San José, enero-junio de 1988, p. 27 y ss.; y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos,* 2ª. ed., México, CNDH, 1999; así como su obra *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional,* Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

II. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (artículo 1.1. de la CADH)

Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte IDH ha abordado, con especial cuidado, lo relativo a la "obligación" de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), sostuvo que el artículo 1.1 del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana puede ser atribuida a un Estado;[4] y especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: la obligación de "respetar" y la obligación de "garantizar" los derechos.[5]

1. El "respeto" de los derechos

Por una parte, *la obligación de respeto,* consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación.[6] Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.[7] Gros Espiell define el "respeto" como "la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención".[8]

Sobre el particular, la Corte IDH ha dispuesto que "la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la *restricción al ejercicio del poder estatal"*.[9] Dichas consideraciones han sido seguidas por otros organismos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos a nivel internacional.[10]

En este sentido, el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad concreto.[11] Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las *acciones de cumplimiento,* que pueden ser *positivas o negativas* y estarán determinadas por cada derecho o libertad.[12] Esta obligación comprende todos los derechos, tanto civiles y políticos, como

[4] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164.

[5] *Idem*

[6] Nash Rojas, Claudio, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos,* México, Porrúa, 2009, p. 30.

[7] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

[8] Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

[9] Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

[10] El Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas mencionó respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que "A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción […] los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe". *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) párr. 3.

[11] Nash Rojas, Claudio, *op. cit.*, p. 30.

[12] *Idem.*

los económicos, sociales y culturales, los cuales por su naturaleza llevan implícita una fuerte carga prestacional.[13]

Cabe precisar que la obligación de "respeto" a los derechos humanos previsto en este artículo, excluye la aplicación del *principio de reciprocidad* consagrado en el Derecho Internacional clásico, toda vez que los Estados Parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado Parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza *objetiva* de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos;[14] es decir, existe una *ausencia de reciprocidad* cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.[15] En este sentido, cabe recordar que la Convención Americana no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[16]

Entre los casos más significativos que ha conocido la Corte IDH sobre graves violaciones a derechos humanos en donde los Estados demandados han incumplido con la obligación general de respetarlos, destacan los relativos a desapariciones forzadas,[17] masacres,[18] ejecuciones extrajudiciales,[19] y tortura.[20]

---

[13] En este sentido se ha llegado a afirmar que "La obligación jurídica [de respetar y garantizar los derechos] es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto". *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, *op. cit.*, párr. 6.

[14] *Cfr.* Gomes, Luiz Flávio y de Oliveira Mazzuoli, Valerio. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica,* 3a. ed., Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010, p. 26.

[15] *Cfr*. Quel López, Francisco Javier, *La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales*, en: Carlos Fernández de Casadevante Romani (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3a. ed., Madrid, Editorial Dilex, 2007, p. 101.

[16] Gros Espiell, Héctor, *op. cit*. pp. 30 a 31.

[17] Véanse, entre otros: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit.*; *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191; Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

[18] Véanse, entre otros: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163; Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

[19] Véanse, entre otros: Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20; Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela.* Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58; Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

[20] Véanse, entre muchos otros: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33; Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37; Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56; Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y

2. La “garantía” de los derechos

La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[21] Gros Espiell establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.[22]

La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.[23] De esta forma: la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[24]

Para algunos autores, las obligaciones prestacionales señaladas con antelación respecto a la obligación de “respeto” cabrían de una forma más clara en relación con la obligación de “garantía”. Así, conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender acciones positivas. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades.[25]

La Corte IDH ha determinado que *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José.[26]

De la obligación general de *garantía*, asimismo, se derivan otra serie de *obligaciones específicas* (o formas de cumplimiento) que se han venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus inicios y que a continuación analizamos.

a. La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos

Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son *medidas positivas* que pueden ser *generales o especiales.*

costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

21 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo, *op. cit.* párr. 166.

22 Gros Espiell, Héctor, *op. cit*., pp. 65 a 66.

23 *Ibidem*, párr.167.

24 *Ibid*.

25 Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial,* Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, p. 17. De la misma autora también véase En La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 247 y ss.

26 Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34.

Las medidas generales están dirigidas a toda la población y se encuentran en relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno.[27] Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella; sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquella, lo cual también pueden incluir la existencia de recursos judiciales efectivos.[28] Esta obligación se encuentra relacionada con el contenido del artículo 2º de la Convención Americana sobre el *deber de adoptar* disposiciones de derecho interno, que constituyen obligaciones a los Estados complementarias a las establecidas en el artículo 1º del propio Pacto.[29]

En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. En estos casos, el Estado debe realizar una revisión cuidadosa de la manera en que opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes para el logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.[30]

Algunos autores estiman que en ocasiones surge un deber de protección especial "determinables en función de las particularidades necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez".[31] Así, por ejemplo, la Corte IDH ha destacado la importancia de asegurar el goce y ejercicio de los derechos en situaciones de detención.[32]

Asimismo, el Tribunal Interamericano ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.[33]

En materia de violencia contra la mujer, resulta especialmente relevante lo establecido en el *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México.*[34] La Corte IDH estableció que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para *prevenir, sancionar y erradicar* la violencia en contra de la mujer.[35] También establece que los Estados deben adoptar *medidas integrales* para cumplir con la *debida diligencia* en casos de este tipo.

En particular, la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser *integral*, es decir, debe *prevenir los factores de riesgo* y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan

27 Nash Rojas, Claudio, *op. cit*., p. 33.
28 Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit*., pp. 17-19.
29 En cuanto a este precepto, véase el análisis de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller en esta misma obra.
30 Nash Rojas, Claudio, *op. cit*., p. 33.
31 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 154.
32 Corte IDH. *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM vs. Brasil.* Resolución de 30 de noviembre de 2005. Considerando 15.
33 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, op. cit.*, párr. 252.
34 Sobre este emblemático caso, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Caso Campo Algodonero, México, Porrúa-UNAM, 2011.
35 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, op. cit.*, párr. 253.

proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violen que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. En este sentido, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará,[36] con el fin de asegurar el efectivo ejercicio y goce de este tipo de derechos.

De manera semejante, la Corte IDH también ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una *protección especial* que debe ser entendida como un *derecho adicional y complementario* a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona.[37] La prevalencia del *interés superior del niño* debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos del Pacto de San José cuando el caso se refiera a menores de edad.[38]

b. El deber de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos

El Estado debe adoptar *medidas adecuadas*, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una *amenaza seria* del derecho y la medida de protección deberá ser *proporcional* a la amenaza sufrida por el titular del derecho. La obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren *medidas particulares* referidas a la concreta situación del titular de derechos.[39]

La Corte IDH ha determinado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de *una situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.[40] Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.[41]

Así, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede producir la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino *por falta de la debida diligencia* para *prevenir* la violación en los términos requeridos por la Convención Americana.[42] En este sentido, destaca el alcance que la Corte IDH le ha dado a este tipo de obligación en el caso de la *Familia Barrios vs. Venezuela.*[43]

36 *Ibidem*, párr. 256.

37 *Cfr.* Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 53,54 y 60; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133.

38 *Cfr.* Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.* 62, párrs. 56, 57 y 60; y Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.*

39 Un ejemplo de estas medidas de protección sería el deber de los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados. *Cfr*. Nash Rojas, Claudio, *op. cit*., p. 35.

40 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123.

41 *Cfr*. Corte IDH. *Ibid*; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, op. cit*., párr. 280.

42 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit*., párr. 172.

43 Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 124.

c. Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos

En caso de que se produzcan violaciones graves a derechos humanos, estos hechos deben ser *efectivamente investigados* y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normatividad nacional.[44]

La Corte IDH ha sido también consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de *prevenir*, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos; de *investigar seriamente*, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables*; así como de imponer las *sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una *adecuada reparación.*[45]

Por otra parte, el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención Americana.[46] Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca a la víctima en plenitud de sus derechos (en cuanto sea posible), puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la propia Convención.[47]

Desde su inicio la Corte IDH reconoció que si bien en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la personas, la de investigar es, como la de prevenir, *una obligación de medio o comportamiento* que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. La misma debe emprenderse con *seriedad* y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un *deber jurídico propio* y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, ya que si los hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, *auxiliados* por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.[48]

A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y *sin dilación*, una *investigación seria, imparcial y efectiva* por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la *verdad* y a la *persecución, captura, enjuiciamiento* y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales.[49]

La Corte IDH, a su vez, ha determinado que en conexión con la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personal, es decir, en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.[50] Lo anterior es entendible a otros tratados del Sistema Interamericano, como por ejemplo, a la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida *diligencia*[51] y a adoptar la normativa necesaria para *investigar y sancionar* la violencia contra la mujer.[52]

---

[44] Nash Rojas, Claudio, *op. cit.*, p. 36.

[45] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 174.

[46] *Ibidem*, párr. 176.

[47] *Ibid.*

[48] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 177.

[49] *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit.*, párr. 143.

[50] *Ibidem*, párr. 142.

[51] *Cfr.* Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 344.

[52] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, op. cit.*, párr. 287.

Así, la Corte IDH ha considerado que el deber de *investigar efectivamente,* tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.[53]

d. Reparar a las víctimas

En caso de violación a los derechos humanos, el Estado deberá *reparar a las víctimas* de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte IDH ha establecido que el *derecho a la reparación* es un principio de derecho internacional. En este sentido, toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de *repararlo adecuadamente*.[54] Así, el Tribunal Interamericano ha sostenido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*);[55] lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.[56]

Para articular esta obligación, la Corte IDH ha tomado como base lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana,[57] y ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de *repararlo adecuadamente*;[58] y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".[59]

Así, el Tribunal Interamericano tiene competencia para ordenar tres distintos tipos de reparaciones, a saber: (i) garantizar el goce de los derechos y libertades previsto en el *corpus iuris* interamericano; (ii) reparar las consecuencias de las violaciones cometidas por agentes privados o estatales; y (iii) ordenar el pago de una indemnización justa.[60] Lo anterior ha dado lugar a una gama muy importante de reparaciones, que incluyen la restitución, la compensación (donde también aparecen las costas judiciales), la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición;[61] lo que con justa razón Cançado Trindade ha denominado "una jurisprudencia verdaderamente ejemplar en materia de reparaciones" y que tiene "hoy el reconocimiento internacional por su pionerismo y creatividad".[62]

---

53 *Ibidem*, párr. 293.

54 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit*., párr. 25.

55 Sobre esta figura, véase García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones*, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo:* 1079-2004, San José, Corte IDH, 2005, pp. 3 a 83.

56 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit*., párr. 26.

57 Este artículo dispone que: "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

58 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25.68 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 62.

59 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 62.

60 *Cfr.* Cassel, Douglas, *El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en: von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?,* México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II pp, 215 a 251.

61 *Ibidem*, p. 217.

62 Cancado Trindade, Antônio Augusto. *Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones*, en: von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?,* México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II pp. 189-214.

A pesar de que el concepto de "reparación integral" *(restitutio in integrum)*, que implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, es el eje orientador de las medidas de reparación que dicta la Corte IDH, el mismo Tribunal ha tomado en cuenta situaciones en donde resulta necesario ir más allá de esa simple restitución. Esto se dio, por ejemplo, en el *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, en donde la discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos del asunto requiere que las reparaciones tengan una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también *correctivo*,[63] al no resultar lógica la restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.

e. Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control

La *obligación de cooperar* se traduce en el deber de proporcionar información *oportuna, pertinente y veraz* respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.

La Corte IDH ha determinado que en un contexto de violación sistemática de derechos humanos la necesidad de *erradicar la impunidad* se presenta ante la comunidad internacional como un *deber de cooperación inter-estatal* para estos efectos.[64] El Tribunal Interamericano ha dispuesto que la impunidad no puede ser erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí, en casos de graves violaciones a derechos humanos.[65] Ello debido a que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones; sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.[66]

En tales términos, la Corte IDH ha determinado que la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines, de tal forma que los Estados Partes en la Convención Americana deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Para el Tribunal Interamericano, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de *garantía colectiva* establecido bajo la Convención, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a *colaborar de buena fe* en ese sentido; ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de casos de graves violaciones a los derechos humanos.[67]

Así, para la Corte IDH existe un mecanismo de *garantía colectiva* establecido en el Pacto de San José, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, por lo que los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido.[68]

---

[63] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, op. cit*., párr. 450.

[64] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

[65] *Ibid.*

[66] *Ibid*.

[67] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, op. cit*, párr. 132.

[68] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 160.

3. La relación entre los derechos sustantivos de la CADH y las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido creando su propia teoría de la interpretación de los derechos contenidos en la Convención Americana y otros tratados regionales en los que posee competencia.

En los primeros casos contenciosos que decidió, si bien la obligaciones generales se encontraban especificadas y previstas, como se comentó líneas arriba, no se encontraba del todo claro si dichas obligaciones podían dar lugar de forma autónoma a una violación al artículo 1.1 de la Convención, si las mismas eran consecuencia de otras violaciones declaradas o, si por el contrario, era necesario articular estas obligaciones con otro u otros derechos sustantivos previstos en el propio Pacto de San José.

Desde los primeros casos llegó a incluirse el análisis del artículo 1.1 haciendo uso del principio *iura novit curia*, como sucedió en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* en el que señaló que "toda pretensión de que se ha lesionado alguno de [los] derechos [estipulados en la Convención Americana], implica necesariamente que se ha infringido también el artículo 1.1 de la [misma] Convención".[69]

En casos subsecuentes, la Corte IDH llegó a declarar violado de forma autónoma el artículo 1.1[70] y en otros declaró el incumplimiento de las obligaciones en relación con otros derechos.[71] Conforme avanzó la jurisprudencia interamericana, se llegó a la conclusión de que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que *articularse con otros derechos* y que la misma no podía ser objeto de una violación propiamente dicha, sino que esta norma podía llegar a ser incumplida por los Estados al ser violados otros derechos sustantivos de la Convención.

En el *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras,* la Corte IDH dispuso que el Estado hondureño "tenía el deber de respetar dichos derechos y garantizarlos" y determinó que "el Estado [era] responsable por la inobservancia del artículo 1.1 de la Convención, en relación con las violaciones declaradas [previamente en la sentencia]",[72] con ello, dando respuesta a los alegatos tanto de la Comisión Interamericana como de los representantes que solicitaban que se declarará violado el artículo 1.1 del Pacto de San José.

Por tanto, se pude concluir que las obligaciones de respeto y garantía deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente, dado que esas no son obligaciones autónomas; sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrados en la Convención Americana en casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares.[73]

---

[69] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit*., párr. 162.

[70] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam.* Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11 (esta mención se deriva del reconocimiento de responsabilidad efectuado por Surinam); Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.

[71] En algunos casos la Corte dedicó una sección en sus sentencias de fondo para explicar la naturaleza de las obligaciones generales derivadas del artículo 1.1 de la Convención Americana. Véanse entre otros: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 138 y 139; Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 107 y ss; Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 81 y ss, entre otras.

[72] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 145.

[73] Nash Rojas, Claudio, *op. cit*., 2009, p. 38.

III. La cláusula de no discriminación

1. La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH

El artículo 1.1 de la Convención Americana no solo establece las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" los derechos consagrados en dicho Pacto.

La *cláusula de no discriminación* prevista en este precepto permaneció dormida por varios años ya que en el Sistema Interamericano la concepción del derecho a la igualdad había sólo sido considerado tradicionalmente desde el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana). Algunos autores estiman que esta situación se derivó esencialmente de la falta de distinción entre las funciones que deberían jugar ambos preceptos (artículos 1.1 y 24).[74]

Sin embargo, esto no siempre ha sido así. En su más temprana jurisprudencia la Corte IDH trató de establecer diferencias entre lo dispuesto en ambos artículos. Así, por ejemplo, en la *Opinión Consultiva* 4, de 1984, relativa a la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte IDH afirmó que:

> El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.[75]

Mientras que respecto al artículo 24 de la Convención Americana, el propio Tribunal sostuvo:

> Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte IDH tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la CADH, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.[76]

Con posterioridad a este intento de distinción, y en especial en la jurisprudencia emanada del Tribunal a partir de casos contenciosos, se obvió la distinción entre ambas cláusulas de igualdad; lo que en ocasiones propició que la Corte IDH las considerara como parte de un mismo esquema dentro del derecho a la igualdad.[77]

---

[74] Sobre este tema es de especial relevancia para clarificar las intenciones de la Corte IDH en su más reciente jurisprudencia, el trabajo de Parra Vera, Óscar, y González Le Saux , Marianne, *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*, en *Revista IIDH*, No. 47, 2008, pp. 127 a 164. Sobre la relación entre los artículos 1.1 y 24, véase también el comentario al artículo 24 de Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque en esta misma obra.

[75] Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. *4*, párr. 53.

[76] *Ibidem*, párr. 54.

[77] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Algunos autores critican la falta de desarrollo de estas cláusulas en casos relativos a pueblos indígenas,[78] a pesar de estimarse que en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación debía contemplarse la situación particular de las comunidades indígenas y otorgarles un trato diferenciado acorde a ella;[79] sin embargo, la Corte IDH en estos casos no declaró violados ninguna de las cláusulas de igualdad que estamos analizando.[80] En otros casos, la misma Corte IDH ha limitado su competencia para conocer y aplicar este tipo de clausulas,[81] lo que provocó que la jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad no se haya desarrollado significativamente en los primeros años en la jurisprudencia de la Corte IDH.[82]

2. El "despertar" de la cláusula de no discriminación

A partir del *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela,* la Corte IDH inició una nueva etapa en su jurisprudencia. En efecto, se empezó a distinguir y dejar en claro la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículo 1.1 y 24 del Pacto de San José. El Tribunal Interamericano consideró que:

> La diferencia entre los […] artículos [1.1 y 24 de la Convención Americana] radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.[83]

Para llegar a esta conclusión, la misma Corte IDH retomó lo que había establecido con anterioridad en la *Opinión Consultiva 4*, de 1984.[84] A partir de esta concepción, el Tribunal Interamericano delimitó en forma expresa en qué casos procede la violación del artículo 24 y en qué casos corresponde analizar un hecho discriminatorio bajó el artículo 1.1.[85]

Esta concepción da como resultado que se conciba la cláusula del artículo 1.1 como una *clausula subordinada*, que detalla en principio una lista de *categorías sospechosas* por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones; lo que implica también que el artículo 1.1 ofrece una sola concepción

---

[78] Parra Vera, Óscar, y González Le Saux, Marianne, *op. cit*., p. 151 y ss.

[79] *Ibidem*, p. 152.

[80] Entre otros casos se pueden citar los siguientes: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124 y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

[81] En el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte IDH señaló, por ejemplo: "La Corte observa que los alegatos de la Comisión Interamericana y de los representantes de la presunta víctima en relación con el artículo 24 de la Convención Americana tienen que ver con la falta de aplicación de la figura del *in dubio pro reo* al caso de la señora De La Cruz Flores, cuando ésta sí se aplicó en el caso de otros cuatro médicos que se encontraban en circunstancias similares a las suyas. En este sentido, la Corte considera que no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y que, por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una violación del artículo 24 de la Convención". *Cfr.* Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 115.

[82] Véase también, Dulitzky, Ariel E., *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Santiago, CDH, No. 3, Año 2007, pp. 15 a 32.

[83] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

[84] Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53 y 54.

[85] Parra Vera, Óscar, y González Le Saux, Marianne, *op. cit.*, p.157.

de igualdad, como una obligación que prohíbe discriminar en relación con otros derechos consagrados en la Convención.[86]

Si bien el referido *Caso Apitz Barbera* no dio lugar a que se aplicara la cláusula subordinada de igualdad del artículo 1.1 de la Convención, abrió la puerta para que en otros casos sí sucediera. Así, por ejemplo, en el *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*,[87] asunto especialmente grave por los *feminicidios* ocurridos en Ciudad Juárez,[88] el Tribunal Interamericano encontró la existencia de una "cultura de discriminación" que tuvo influencia directa en los homicidios de mujeres y propició las violaciones en el caso mencionado.

Para el Tribunal Interamericano, dicha indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reprodujo la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituía en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La Corte IDH determinó que la impunidad de los delitos cometidos enviaba el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la *aceptación social del fenómeno*, el sentimiento y la sensación de *inseguirdad* en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Para la Corte IDH, la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente persistentes puede llegar a reflejarse implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el *razonamiento y el lenguaje* de las autoridades. Así, la creación y uso de *estereotipos* se convierte en una de las causas y consecuencias de la *violencia de género* en contra de la mujer. A partir de esta situación, el Tribunal Interamericano consideró que en el *Caso Campo Algodonero* la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado mexicano violó el *deber de no discriminación* contenido en el artículo 1.1. de la Convención, en relación con el *deber de garantía* de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de sus familiares.[89]

En el *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010, en el análisis de las violaciones a la Convención Americana, la Corte IDH pudo establecer la existencia de una "situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad" originada, entre otros factores, por "la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos protegiera los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorgaba mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas" lo que para la Corte IDH originó un "desconoci[miento de] a su identidad cultural […] amenazando su subsistencia física".[90]

La situación de la Comunidad Xákmok Kásek para la Corte IDH constituyó "una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad […], marginalizados en el goce de los derechos [de la Convención Americana] que el Tribunal declara violados en esta Sentencia". Igualmente, la Corte

---

[86] *Ibidem*, p. 163. En opinión de los autores, esto implica a su vez que dentro de esta concepción, los casos de afectación al derecho a la igualdad por discriminación o por trato arbitrario deban ser analizados bajo la óptica del artículo 24 de la Convención Americana.

[87] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, op. cit.*

[88] El párr. 143 de la sentencia refiere a que feminicidio es el "homicidio de mujer por razones de género". Resulta relevante tener en consideración que el art. 1º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", señala que "…debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

[89] Especialmente véanse los párrs. 339 a 402 de la sentencia. Para un análisis de este lamentable caso, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *op. cit.*

[90] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 273.

IDH constató "que el Estado no ha[bía] adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.[91] La situación particular de este caso permitió que el Tribunal Interamericano dedujera la existencia de un tipo de *discriminación estructural,* el cual no había sido atendido por el Estado a través de ninguna medida, a partir de los hechos probados que dieron lugar a sustentar diversas violaciones a la Convención Americana.

Así, de conformidad con las violaciones de los derechos del Pacto de San José declaradas, la Corte IDH consideró que el Estado no había adoptado "medidas suficientes y efectivas" para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 del mismo instrumento.[92] Por lo tanto, la Corte IDH determinó que en dicho caso el Estado paraguayo incumplió con el deber de *no discriminar*, contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con los derechos de propiedad, debido proceso, garantías judiciales, vida, personalidad jurídica y derechos del niño.[93]

En este caso la Corte IDH dio un paso más allá en su jurisprudencia al declarar que ciertas circunstancias que conllevan la violación a derechos de la Convención Americana pueden hacer que se deduzca el incumplimiento de la cláusula de igualdad del artículo 1.1, debido a que estas circunstancias se desprenden de una *discriminación de facto estructural*. En todo caso, esta nueva concepción del derecho a la igualdad tendrá que ir siendo desarrollada por la Corte IDH con el fin de clarificar la interacción entre los distintos derechos de este tratado internacional.

En el *Caso Karen Atala e hijas vs. Chile*, la Corte IDH determinó que la cláusula subordinada de no discriminación del Artículo 1.1 de la Convención Americana protegía los casos de discriminación por razones de preferencias sexuales. Y aclaró que "el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación".[94] Igualmente, la Corte determinó que "si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el Artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del Artículo 24 de la Convención Americana".[95]

Asimismo, determinó que al interpretar la expresión *"cualquier otra condición social"* del Artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.[96] Y aclaró que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, "no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo", ya que "la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas".[97]

En dicha oportunidad, la Corte concluyó que un derecho que les está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual, ya que se violaría el Artículo 1.1 de la Convención Americana.[98]

---

[91] *Ibidem*, párr. 274.
[92] *Ibidem*, párr. 275.
[93] *Ibidem*, resolutivo 9.
[94] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 82.
[95] *Ibid*.
[96] *Ibidem*, párr. 84.
[97] *Ibidem*, párr. 85.
[98] *Ibidem*, párr. 93.

En conclusión, la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 1.1 debe coordinarse con la diversa prevista en el artículo 24, preceptos que "constituyen el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención Americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José".[99] Asimismo, no debe perderse de vista la expresión amplísima que utiliza la Convención, al referirse en los términos "sin discriminación alguna", que denota el espíritu que debe estar presente en todos los casos concretos de "respeto" y "garantía"; lo que también implica un principio de igualdad, toda vez que el Pacto prohíbe la *personalidad jurídica condicionada*, que consistía en la protección del Estado a algunas personas que cumplían con determinados condiciones, como sucedió en la sombra del Holocausto en la Segunda Guerra Mundial.[100]

IV. El ámbito de protección jurisdiccional del SIDH

El artículo 1.1 de la Convención establece el compromiso de los Estados a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades "a toda persona sujeta a su jurisdicción". En este sentido, cabe discernir qué alcance se le ha dado a la *jurisdicción* estatal con el fin de fijar los criterios esenciales de competencia *ratione loci* (en razón de lugar) en el que presuntamente se haya cometido la violación a un derecho consagrado en el Pacto de San José.

El concepto de *jurisdicción* en el derecho internacional público ha sido relacionado con el *control efectivo* que un Estado o gobierno o autoridad puede tener en un territorio determinado.[101] En este sentido, la jurisdicción de un Estado corresponde, en principio, a la potestad y soberanía que tiene en su mismo territorio (ámbito espacial de validez). Sin embargo, en el derecho internacional se han llegado a presentar situaciones en las que un poder estatal puede llegar a tener una suerte de "control efectivo" en un territorio extranjero.[102]

En la Corte IDH nunca se ha suscitado controversia alguna en materia de jurisdicción estatal en razón de territorio. En todos los casos conocidos hasta la fecha, los hechos denunciados como violatorios han ocurrido, en su totalidad, en los territorios de los estados demandados. Sin embargo, cabría preguntarse si un hecho ocurrido fuera de las fronteras de una nación determinada podría dar lugar a responsabilidad estatal.[103]

En el derecho internacional de los derechos humanos se han examinado casos en donde Estados extranjeros han sido encontrados responsables internacionalmente de violaciones a derechos humanos

[99] Gros Espiell, Héctor, *op. cit*., pp. 69 a 70.

[100] *Cfr*. Gomes, Luiz Flávio y de Oliveira Mazzuoli, Valerio, *op. cit*. pp. 30 y 36.

[101] *Cfr.* Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator,* Washington, D.C., Oct 18, 1923, 18 American Journal of International Law 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923), y Cassese, Antonio. *International Law*. 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2005, p. 73 y ss.

[102] Al respecto, un antecedente reciente es el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares que Estados Unidos llevó a cabo en Nicaragua en la década de los años 80. *Cfr.* Corte Internacional de Justicia. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America).* Sentencia de 27 Junio de 1986.

[103] Para el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, "[...] un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte […] el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla". *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 10.

al tener el "control efectivo" de regiones fuera de su territorio. Al respecto, quizá los casos más celebres se encuentran en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, con los *Casos Chipre vs. Turquía*[104] *e Iliascu y otros vs. Moldava y Rusia.*[105]

En el Sistema Interamericano existe un precedente aislado. La Comisión Interamericana determinó que "en ciertas circunstancias [la Comisión] tiene competencia para conocer de las comunicaciones en que se denuncia la violación de derechos humanos protegidos en el sistema interamericano por agentes de un Estado miembro de la organización *aun cuando los hechos que constituyen esta violación hayan ocurrido fuera del territorio de dicho Estado"*.[106] Esta postura de la Comisión ha sido retomada en otros casos,[107] sin que ello implique una interpretación constante, ni signifique que la Comisión haya aceptado por analogía examinar algún caso en el contexto de un conflicto armado internacional fuera del territorio del Estado en cuestión.[108]

Creemos que esta posibilidad está latente. En efecto, "la existencia de esta obligación expresa no significa el deber de no desarrollar, ejercer o tolerar ninguna acción contra los derechos humanos de personas que, por estar situadas fuera de su territorio, no estarían *strictu sensu* sometidas a su jurisdicción".[109] Como expresa Gros Espiell, constituye "otro deber, complementario del que expresamente resulta del artículo 1.1 de la Convención, es la consecuencia de los principios generales de derecho, del principio de no intervención (art. 18 de la Carta de la OEA) y de la filosofía misma del Sistema Interamericano. Así, esta eventual violación de derechos humanos fuera del territorio del Estado Parte, como consecuencia de acciones u omisiones que le fueron imputables, podría generar su responsabilidad internacional".[110]

V. Los seres humanos como sujetos de protección del sistema interamericano: la concepción y eventual desarrollo del concepto de "persona" previsto en el artículo 1.2 de la CADH

El artículo 1.2 del Pacto de San José establece que "[p]ara los efectos de [l]a Convención, persona es todo ser humano".. La misma Convención utiliza la palabra "persona" en múltiples ocasiones con el fin de establecer al sujeto titular de derecho en su texto.

La redacción que ofrece la Convención Americana en este aspecto no es casual. La misma fue motivada en contraposición a lo dispuesto por el artículo 34 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, suscrito en Roma en 1950 y vigente desde 1953. Dicho precepto del sistema europeo y su desarrollo jurisprudencial ha permitido que, dependiendo de la violación alegada, puedan acceder a reclamar sus derechos personas de forma individual, grupos de personas, organizaciones no gubernamentales, empresas (aun si ya han sido disueltas), accionistas, sindicatos, partidos políticos y organizaciones religiosas.[111] Incluso el art. 1 del Protocolo Adicional No. 1 del Convenio Europeo referido, de 1952, respecto del derecho de propiedad, expresamente se refiere a "persona física o moral".

[104] TEDH. *Cyprus vs. Turkey.* Sentencia de 10 mayo de 2001, App. 25781/94. 35 EHRR 731.

[105] TEDH. *Ilascu and Others vs. Moldava and Russia*. Sentencia de 8 de julio de 2004, App.48787/99. 40 EHRR 1030.

[106] CIDH. Informe No. 86/99 Caso 11.589. 29 de septiembre de 1999, párr. 23.

[107] CIDH. Comité Haitiano de Derechos Humanos, et. al. Informe No 51/96, Caso No. 10.675 (Estados Unidos) 13 de marzo de 1997.

[108] Rodríguez Pinzón, Diego. *Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, American University Washington College of Law, *http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm.*

[109] Gros Espiell, Héctor, *op. cit*., p.69.

[110] *Ibidem*, pp. 69 a 70.

[111] Leach, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2005, p. 115.

En cambio, la intención original en el sistema interamericano fue limitar la posibilidad de que personas jurídicas (morales) pudieran erigirse como peticionarios, para restringirlo a las personas físicas, sean nacionales o extranjeras. El espíritu fue "reconocer y garantizar *derechos del individuo*, del ser humano, del hombre de "carne y hueso" y no de personas jurídicas, de sociedades, de entidades económicas, financieras, sociales o culturales".[112] Ese constituye "el sentido, el objeto y el fin del Convenio".[113]

Sin embargo, esta postura, si bien se encontraba justificada en su momento, ha ido sufriendo cambios gradualmente, que la han ido flexibilizando al grado de hacer evidente la aceptación de *accionistas de empresas y pueblos o comunidades indígenas* como sujetos de derecho ante los órganos del sistema interamericano a través de un dinamismo interpretativo de la Convención Americana.

1. Los derechos de los accionistas de empresas

El Pacto de San José refiere sólo como titular de derechos a las "personas", identificándolas con la concepción de "ser humano", de donde deriva que, en principio, se excluya titularidad de derechos a personas jurídicas (morales). Sin embargo, a través de la interpretación evolutiva del Pacto de San José, la Corte IDH ha ido matizando esta postura, al aceptar legitimación a personas individuales en calidad de accionistas de una empresa cuando reclamen sus derechos de propiedad.

En torno al derecho de propiedad y la posibilidad de que accionistas puedan hacer justiciable este derecho en el Sistema Interamericano, en el *Caso Perozo y Otros vs. Venezuela*,[114] la Corte IDH sintetizó la jurisprudencia constante en la materia, estableciendo que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención, (como sí lo hace el Protocolo no. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), eso no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos, aun y cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.[115]

De esta forma, la Corte IDH ha analizado la posible violación de derechos de propiedad de determinadas personas en su calidad de accionistas.[116] En esos casos ha diferenciado los "derechos de los accionistas" de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros;[117] siguiendo en este sentido a la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Barcelona Traction*.[118] Este criterio de la Corte IDH, a su vez, ha sido seguido por otros organismos internacionales de protección a los derechos humanos.[119]

2. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas

En el sistema interamericano, tal y como lo ha señalado Sergio García Ramírez, no nos encontramos ante litigios ocasionales, aislados, circunscritos a un solo espacio, como tampoco ante controversias ordinarias que deban ser analizadas y resueltas a partir de formulas abstractas, uniformes, desatentas de

[112] Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 72.
[113] *Ibid*.
[114] Véase Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrs. 399 y 400.
[115] *Ibidem*, párr. 399.
[116] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 123, 125, 138 y 156.
[117] *Ibidem*, párr. 127.
[118] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr.26; véase también, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 36, párr. 47.
[119] *Ibidem*, párr. 127.

la historia y al orden jurídico de las víctimas.[120] En este sentido, la Corte IDH, progresivamente, ha ido interpretando el contenido del artículo 1.2 de la Convención con el fin de dar respuestas a las realidades imperantes en el Continente Americano, en especial en lo relativo a la situación de los indígenas.

El *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) fue la primera ocasión en que la Corte IDH expresa su visión sobre los derechos de los pueblos indígenas, estableciendo criterios jurisprudenciales para la comprensión del fenómeno.[121] Así, a los pueblos y comunidades indígenas se les reconoce como sociedades diferenciadas de las dinámicas socioculturales de la sociedad occidental poseedoras de derechos políticos, sociales y culturales específicos colectivos.[122]

A través de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta incluso lo dispuesto en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, la Corte IDH, en el referido caso, consideró que el artículo 21 del Pacto de San José no sólo protegía la propiedad individual, sino el derecho a la propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.[123] Esto, debido a que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el *grupo y su comunidad*. [124]

Para la Corte IDH, los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.[125] La Corte IDH consideró que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción *sino un elemento material y espiritual* del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su *legado cultural* y transmitirlo a las generaciones futuras.[126]

---

[120] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 26; véase también, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 36, párr. 47.

[121] El Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha mencionado que "Los beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son personas físicas. Aunque, con excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos por el Pacto, como la libertad de manifestar su religión o sus creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden disfrutarse en comunidad con otros. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones está limitada a las que presentan personas físicas o se presentan en su nombre (artículo 1 del (primer) Protocolo Facultativo) no impide que esos individuos pretendan que acciones u omisiones que conciernen a las personas jurídicas y entidades similares equivalen a una violación de sus propios derechos". *Cfr*. Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta,* 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) párr. 9.

[122] Corte IDH. Voto del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 15.

[123] Castrillón Orrego, Juan Diego, *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 279.; asimismo, veáse Landa, César y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Sepúlveda Ricardo y García Ricci, Diego (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario.* Volumen: Derecho Constitucional de los Derechos Humanos.

[124] *Ibid*. Sobre la obligación de los Estados de respetar los usos y costumbres de los pueblos indígenas véase la sección especial sobre los Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana. Fondo y Reparaciones, en esta misma obra al final de los comentarios a la CADH.

[125] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

[126] *Ibidem*, párr. 149.

Para Sergio García Ramírez, pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas.[127] Igualmente, para el ex Presidente de la Corte IDH, existe una "*íntima e indisoluble vinculación entre los derechos tanto individuales como colectivos,* de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas".[128] Esta concepción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, implica también una interpretación de lo dispuesto inicialmente en el artículo 1.2 de la Convención Americana, en concordancia con las obligaciones de "respeto" y "garantía" del artículo 1.1 del mismo Pacto; y también en relación con la ya comentada "cláusula de igualdad" consagrada en el mismo precepto.

El criterio posteriormente ha sido consolidado y explicado a través de la jurisprudencia interamericana de forma reiterada en otros casos.[129] Así, la Corte IDH ha determinado que la protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados *la obligación positiva* de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.[130] Dicha concepción es especialmente importante en el ya comentado *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010.

Para algunos autores, el camino que ha seguido la Corte IDH en esta temática tiene una fundamentación esencialmente utilitarista, ya que el Tribunal no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de una *concepción colectiva de los derechos* con la propia Convención Americana; empero, si lo hace sobre los efectos que tendría su no reconocimiento sobre ciertos aspectos de la propiedad desde sus atributos (uso y disposición) y no desde su naturaleza (derecho individual vs. derecho colectivo).[131]

VI. El control de convencionalidad como un elemento indispensable para el respeto y garantía de los derechos

1. El origen del concepto y de la doctrina del control de convencionalidad

En un principio, el término "control de convencionalidad" fue utilizado de forma aislada en varios de los votos del juez Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba "al analizar la complejidad del asunto, […] verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención […] deb[iendo] explorar las circunstancias de *jure y de facto* del caso". En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente.[132]

---

[127] *Ibid.*

[128] *Ibid.*

[129] Corte IDH, Voto del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit.*

[130] *Ibidem*, párr. 14.

[131] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

[132] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 95.

Bajo esta concepción, en realidad no había nada nuevo bajo el sol, al realizar la Corte IDH un control "concentrado" de convencionalidad;[133] si bien fue un paso importante al incorporar el *nomen iuris* de este control. Lo novedoso vendría después, para pasar al control "difuso" de convencionalidad, desplazando esta función a todos los jueces nacionales, de tal forma que se configurara un control judicial interno de convencionalidad.[134]

Pronto, esta doctrina del "control de convencionalidad" permearía del ámbito internacional al ámbito nacional. El *leading case* es *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006.[135] Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de "efectos jurídicos" a la luz de dicho tratado.

De este fallo destacan los párrafos 123 a 125 que contienen la esencia de la doctrina:

> 123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, *el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma* y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, *según el artículo 1.1 de la Convención Americana.*[136]
>
> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.* (Énfasis añadido).

---

[133] Nash Rojas, Claudio, *op. cit*., p. 197.

[134] Corte IDH. Voto del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 30. Véanse, en general, los valiosos votos concurrentes de Sergio García Ramírez, en los *Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay, op. cit.*, párrs. 6 y 12.

[135] Rey Cantor, Ernesto, advierte sobre una primera y segunda etapa de este rol de control de convencionalidad en la jurisprudencial de la Corte IDH, antes del leading case del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Véase su ensayo "Controles de convencionalidad de leyes", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, t. X: "Derechos humanos y tribunales internacionales"*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, pp. 225-262, especialmente, pp. 393-418.

[136] *Cfr. El control judicial interno de convencionalidad*, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 211- 243.

> 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[137]

Posteriormente, la Corte IDH aclaró su doctrina para establecer que este tipo de control debe ejercerse *ex officio* sin necesidad de que las partes lo soliciten; y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.[138] Esta doctrina fue confirmada en los años siguientes y desarrollada a manera de un "vals a tres tiempos" como lo expresa Bourgorgue-Larsen.[139]

A partir de 2010, se sustituye las expresiones relativas al "Poder Judicial" para hacer referencia a que "todos sus órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces",[140] deben velar por el efecto útil del Pacto, y que "*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia* en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad".[141] De ahí que no queda la menor duda de que también los tribunales y salas constitucionales se encuentran obligados a ejercer dicho control, lo que constituye un reto para que apliquen cotidianamente el *corpus iuris interamericano* y superen la tradicional concepción de la supremacía constitucional.[142]

Esta consideración de ejercer este tipo de control por todos los órganos de los Estados se entiende no sólo a los "jueces" y "órganos vinculados a la administración de justicia", sino también a las "autoridades administrativas", por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Lo anterior ha quedado claro en el *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011), asunto donde se abordó el complejo tema de los *límites a las reglas de mayorías en instancias democráticas,* estableciendo la Corte IDH que también debe primar "control de convencionalidad" al constituir una "función y tarea de *cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial".[143] De ahí que este tipo de control sea considerado

[137] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 123 a 125.

[138] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.

[139] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op. cit*., párrs. 123 a 125.

[140] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, op. cit.*, párr. 128.

[141] Según la profesora de la Universidad de La Sorbonne de Paris, experta en el sistema interamericano, la doctrina del control de convencionalidad se ha venido desarrollando en tres momentos: "El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006 en la sentencia Almonacid Arellano; el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias Heliodoro Portugal, Radilla Pacheco, entre otras). El tercer tiempo consistió ni más ni menos en "teorizarla" en el marco del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010". *Cfr*. Burgorgue-Larsen, Laurence, *La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, op. cit*., pp. 33-62, especialmente pp. 38-43.

[142] La intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, el "control de convencionalidad" debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA. Lo cual nos lleva a que este "control de convencionalidad" a nivel internacional, a nivel nacional se configura como un "control difuso de la convencionalidad". *Cfr.* Corte IDH. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* párrs. 19 a 21.

[143] *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano por los tribunales nacionales, es especial, para los tribunales constitucionales*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos humanos y los jueces nacionales, op. cit.,* pp. 331-389.

como de carácter "difuso",[144] existiendo diversos grados de intensidad y realización dependiendo de las competencias de cada autoridad.[145]

2. La relación del control de convencionalidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos

La obligación general de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y la obligación de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de tales derechos a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte sin discriminación alguna, en los términos del artículo 1.1, implica que los poderes del Estado, en su conjunto, deben cumplir con lo establecido en este tratado internacional. El control de convencionalidad constituye, en este sentido, un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH, intérprete último y definitivo del Pacto de San José.

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención (y en general todas las autoridades) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH sobre el "control difuso de convencionalidad" les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al Pacto de San José y del *corpus juris* interamericano; incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta la Convención, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos adquiridos en materia de derechos humanos.[146] Esto implica que los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y la interpretación de los mismos que realice la Corte IDH deben *irradiar* su protección no sólo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos sino también a nivel nacional. De ahí que se hable de un "pluralismo constitucional"[147] que lleva necesariamente al "diálogo jurisprudencial";[148] teniendo en Europa una complejidad mayor por la interacción entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[149]

VII. Epílogo

Como hemos tratado de evidenciar a lo largo del presente estudio, las obligaciones generales de "respeto" y "garantía" a que están sometidas todas las autoridades de los Estado Partes de la Convención, han motivado una rica jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el artículo 1º de la Convención Americana, en la que se ha venido desarrollando sus contenidos, alcances y consecuencias.

Así, estas obligaciones han dado lugar a obligaciones específicas, como las relativas a *prevenir, investigar y sancionar* cualquier violación a los derechos y libertades reconocidos por el propio Pacto de San José, así como a *restablecer* el derecho y a *reparar los daños* ocasionados por tal violación. También se ha

[144] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

[145] *Cfr*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit*.

[146] Sobre los diversos grados de intensidad del control de convencionalidad, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional,* México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, especialmente en pp. 343 a 344 y 386 a 390.

[147] Corte IDH, Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.* párr. 61.

[148] *Cfr.* Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 52, 2012.

[149] Diálogo Jurisprudencial es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer, desde el segundo semestre de 2006.

venido definiendo el ámbito de aplicación personal, espacial y material de dicho instrumento, así como precisando el *principio de no discriminación*.

Las obligaciones de "respeto" y "garantía" analizadas se convierten en una fuente esencial de los sistemas de justicia constitucional nacionales debido a la nueva doctrina del "control de convencionalidad" que deben ejercer todas las autoridades dentro del marco de sus atribuciones y competencias. De ahí que estas obligaciones repercuten en el sistema integral de garantías para otorgar efectividad a los derechos y libertades fundamentales. Esperamos confiados que el nuevo "paradigma" se aplique cotidianamente por todas las autoridades de nuestra región (incluidos sus jueces) y así convertir en realidad "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la *efectividad* de tales derechos y libertades".[150]

[150] Si bien los conceptos de control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, se encuentran estrechamente vinculados, existen divergencias fundamentales en América Latina y Europa. Para una aproximación de estos conceptos, véanse los trabajos contenidos en la obra: Saiz Arnaiz, Alejandro, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.* Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, No. 39.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133

Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90..

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs.* México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

Artículos y publicaciones académicos

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, *Actas y Documentos*, San José, 7 a 22 de noviembre de 1969.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003, p. 21.

GARCÍA SAYÁN, Diego. Prólogo a la obra de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando. *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 19 a 34.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

ERRANDONEA, Jorge. VILLADIEGO, Carolina, y PELAYO MOLLER, Carlos M., et. al. *Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay (CASO 12.607) Amicus Curiae*, 1 de diciembre de 2010. *http://www.ciddhu.uqam.ca/documents/AmicusCuriae.AUT10.prot%C3%A9g%C3%A9.pdf*

PELAYO MOLLER, Carlos María. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011, p. 79.

GOMES, Luiz Flávio y DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. *Pacto de San José da Costa Rica*, 3a. ed., Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José*, en: *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, OEA, 1980, p. 34.

SEPÚLVEDA, Ricardo y GARCÍA RICCI, Diego. *Obra Jurídica Enciclopédica*, México, Escuela Libre de Derecho, 2012.

ROBERTSON, A. H. *Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: Estudio comparativo*, en: *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983..

GÓMEZ CARMONA, Waldina. CÁCERES TOVAR, Víctor Manuel, CHACÓN TRIANA, Nathalia María, y HUERTAS DÍAZ, Omar. *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 1982.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

BUERGENTHAL, Thomas. *Las Convenciones Europea y Americana: Algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, OEA, 1980.

DE VERGOTTINI, Giusepe. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

Índice

I. Introducción

Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de *adoptar disposiciones de derecho interno,* sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

Esta obligación tuvo su origen en el artículo 2.2 del PIDCP de 1966,[1] fuente del artículo 2º de la CADH de 1969;[2] que también prevé, en similares términos el artículo 2º del Protocolo de San Salvador de 1988.[3]

La obligación de adoptar disposiciones internas complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.1 del Pacto de San José, relativas al deber de "respeto" y "garantía" de los derechos y libertades previstos en el propio instrumento.[4] Así, estos dos preceptos no son excluyentes, sino complementarios, en la medida en que pueden, por sí mismos, generar responsabilidad internacional a los Estados parte del Pacto. No constituyen normas programáticas como lo ha puesto de relevancia la jurisprudencia de la Corte IDH, al derivarse *obligaciones específicas* que se han ido progresivamente estableciendo, caso por caso, a lo largo de treinta años de actividad de dicho órgano jurisdiccional.

La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que prevé el artículo 2º de la Convención Americana, constituye una de las diferencias más relevantes con respecto al Sistema Europeo, al no

[1] Aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente a partir del 23 de marzo de 1976.

[2] La Convención Americana entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por Grenada, de conformidad con su artículo 74.2.

[3] Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Este dispositivo establece: "Art. 2. Obligaciones de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos".

[4] Véase el comentario al artículo 1º de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Carlos María Pelayo Möller en esta misma obra.

contar el CEDH de 1950 disposición análoga.[5] Esto ha propiciado una rica y fecunda jurisprudencia de la Corte IDH a través de una interpretación de esta obligación de los Estados parte del Pacto de San José, lo que ha originado no sólo reformas legislativas (incluso de carácter constitucional), sino la adopción de "otras medidas" necesarias para lograr la efectividad de los derechos y libertades.

Y precisamente el dinamismo de la jurisprudencia de la Corte IDH ha generado lo que hoy se conoce como *control difuso de convencionalidad*,[6] teniendo como uno de los principales fundamentos el artículo 2º de la Convención Americana. Este nuevo "control" en sede nacional lo deben realizar todas las autoridades conforme a sus atribuciones y competencias, lo que ha tenido un desarrollo progresivo de aceptación en el último lustro en los Estados parte de la Convención y particularmente en los que han reconocido la jurisdicción contenciosa de dicho Tribunal Interamericano, con un importante impacto en los órdenes jurídicos nacionales.

El objetivo del presente estudio consiste precisamente en analizar la obligación de los Estados de *adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter* que prevé el artículo 2º de la Convención Americana, obligación trascendental si consideramos que esta "norma conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en el Pacto de San José, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención".[7]

Es necesario, en primer término, distinguir esta obligación de las que se generan por los deberes de "respeto" y "garantía" que se prevén en el artículo 1º del mismo Pacto y a la vez advertir su relación concomitante. Como señala García Ramírez, la obligación de *garantía* constituye un "escudo y espada" de la de *respeto*, y como una necesaria manifestación de aquellas, se deben de adoptar "medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía".[8]

Posteriormente, abordaremos los alcances que implica esta obligación, siendo necesario conocer las discusiones que generó en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que discutió el proyecto de Convención en 1969;[9] las primeras interpretaciones que derivaron de dicho precepto; así como la rica jurisprudencia que a lo largo de treinta años ha desarrollado la Corte IDH, que tiene una eficacia directa en los sistema de fuentes del derecho nacional de los Estados Partes de la Convención que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para una mayor claridad en el análisis de la jurisprudencia, la hemos dividido en nueve temas, dado las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2º de la Convención

---

5 *Cfr*. entre otros, Buergenthal, Thomas, *Las Convenciones Europea y Americana: Algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, OEA, 1980; Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991; y A. H. Robertson, *Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: Estudio comparativo*, en: *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145 a 188. Sobre el Pacto de San José, resulta útil el libro de Gomes, Luiz Flávio y De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*, 3a. ed., Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

6 *Cfr*. los trabajos contenidos en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

7 Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José*, en: *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica,* Washington, OEA, 1980, p. 34.

8 *Cfr*. García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, especialmente el epígrafe "Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (artículos 1 y 2 CADH)", en p. 231 y ss.

9 *Cfr*. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, 7 a 22 de noviembre de 1969.

Americana. De esta forma, se contempla su análisis en los casos de pueblos indígenas o tribales; leyes de amnistía; libertad de expresión y acceso a la información; derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal; pena de muerte; fuero militar; derecho laboral; estabilidad e inamovilidad de jueces; y, por último, otras obligaciones similares previstas en tratados del Sistema Interamericano que pueden llegar a complementar lo dispuesto en la obligación del artículo 2º del Pacto de San José.

II. La relación de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivo los derechos y libertades consagrados en la CADH (artículo 2) y la obligación general de garantizar los derechos (artículo 1)

Los artículos 1º (respeto y garantía) y 2º (adopción de medidas internas) de la Convención Americana guardan una estrecha relación, si bien no deben confundirse. La obligación de "garantía" prevista en el primero de los preceptos, como lo advierte García Ramírez:[10]

> puede suponer la operación del artículo 2, que es, en rigor, *un rostro* del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del *Caso Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del *Caso Campo Algodonero vs. México*, en tanto estos patrones propician agresión contra las mujeres.

Para la ex presidenta de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, es tal la importancia que se asigna al hecho de que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos en plenitud, que la Convención Americana consagra en su artículo 2º la obligación de los Estados parte de adoptar *las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos* los derechos reconocidos en la misma.[11]

Dicha disposición causó importantes discusiones sobre sus alcances y su interpretación en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, especialmente sobre la relación que existiría entre esta obligación y las diversas obligaciones de "respeto" y "garantía" que prevé el artículo 1º del Pacto de San José.

La interpretación más consistente entre las obligaciones que se desprenden de ambas disposiciones es la que señala que el artículo 2º no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones establecidas en el artículo 1º.[12] En este sentido, Gros Espiell señaló, dentro del marco de la *Opinión Consultiva* 7/86, que "la obligación que resulta del artículo 2º, *complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1*" ya que "cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante,

[10] García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, en: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), El control difuso de convencionalidad. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, op. cit.* p. 232.

[11] Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003, p. 21. El debate en torno a esta disposición ha sido explicado *in extenso* por Cecilia Medina en *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter.-American System*, Martinius Nihoff, Dordrecht/Boston/London, 1988, Capítulo V, p. 93 y ss.

[12] *Ibid.*

inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1".[13]

Fue el gobierno de Chile el que propuso la inclusión de esta obligación prevista en el artículo 2º, cuando formuló observaciones al proyecto final de la Convención Americana, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969.[14] Esta obligación no se encontraba en las fases previas de elaboración del proyecto de la Convención Americana, ya que se consideraba que existía naturalmente por aplicación del derecho internacional; y de ahí que cuando se propusiera su inclusión "se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación".[15] El gobierno de los Estados Unidos, sin embargo, se opuso al considerar que los primeros 32 artículos de la Convención no son ejecutables por si mismos (*are not self-executing)*:[16]

> La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidas por la Convención (artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones substantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación de todas las disposiciones substantivas a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: «*los Estados Unidos declaran que los artículos 1 al 32 de esta Convención no se aplican directamente*».

En este sentido, el gobierno de Chile en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, apoyó de manera determinante esa obligación al señalar que "no parece conveniente la eliminación de una disposición análoga a la establecida en el artículo 2.2 del PIDCP de las Naciones Unidas.[17]

Siguiendo esta línea argumentativa, Medina Quiroga señala que el artículo 2º no anula las obligaciones del artículo 1.1 que son *exigibles de inmediato*. Para la autora, cuando un Estado es parte de un tratado, tiene la obligación de *adaptar su legislación interna a las disposiciones del dicho instrumento internacional* y de cumplir sus disposiciones en toda su integridad; por lo que estima que en realidad el artículo 2º no era realmente necesario, debiendo ser considerado sólo como una disposición en aplicación de la máxima *abundans cautela non nocet* (lo que abunda no daña).[18]

De estas reflexiones infiere dos consecuencias a partir del artículo 2º de la Convención. Primero, que los Estados parte están obligados a *desarrollar en su legislación* aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia.[19] Segundo, que los

---

13 Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión separada del Juez Héctor Gross Espiell. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 6.

14 El gobierno de los Estados Unidos, en cambio, se opuso al considerar que los primeros artículos de la Convención "no son ejecutables por si mismos" y que requieren de medidas legislativas. Sin embargo, como lo expresa Gros Espiell, apoyándose en Eduardo Jiménez de Aréchaga, esta tesis "sería incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 75 del Pacto de San José y arts. 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)". *Cfr*. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 67

15 *Ibidem*, p. 214.

16 Texto del Departamento de Estado enviado al presidente de los Estados Unidos sobre la interpretación de la Convención Americana. *Cfr*. Edmundo Vargas Carreño, *Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980, p.150.

17 Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, *Actas y Documentos*, San José, 7 a 22 de noviembre de 1969. p. 38.

18 Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

19 *Ibidem*, p. 25.

Estados parte se encuentran obligados a *adoptar todas las medidas legislativas* que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.[20]

En resumen, mientras que el artículo 1.1 refiere a las obligaciones de respetar *y garantizar* los derechos y libertades, obligaciones de aplicación "directa" y cuyo incumplimiento genera la consecuente *responsabilidad internacional del Estado;* el artículo 2 del Pacto de San José, "agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias".[21]

Sentadas estas bases en las primeras discusiones durante los trabajos preparatorios de la Convención y en las primeras discusiones en el seno mismo de la Corte IDH, el siguiente paso en el desarrollo de este precepto consistió en su interpretación y aplicación en casos contenciosos concretos.[22]

III. La obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para la efectividad de los derechos y libertades

A lo largo de más de treinta años de jurisprudencia la Corte IDH se ha ido consolidando diversos criterios respecto a los alcances de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana. De forma general, en su más temprana jurisprudencia, la misión del Tribunal Interamericano fue exponer el origen, los alcances y naturaleza de esta obligación internacional.

Así, en relación con el artículo 2º de la Convención, la Corte IDH ha señalado que dicha norma obliga a los Estados Partes a adoptar, *con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención*, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional.[23] Los Estados no sólo tienen la obligación positiva de *adoptar las medidas legislativas necesarias* para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también *deben evitar* promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.[24]

El estándar en su concepción más general ha sido utilizado, por una parte, para analizar situaciones en las que estas medidas fueron incumplidas y, por otra, para *ordenar medidas especificas de reparación* en casos en donde se haya detectado como necesario adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención vulnerados en un caso concreto. Al respecto, habría que destacar que estas medidas de "no repetición" no siempre se han derivado en su concepción de un incumplimiento directo al artículo 2º de la Convención; sin embargo, las mismas siempre han tenido un grado de *conexión relevante* con las violaciones principales del caso y se han encontrado justificadas.[25]

---

[20] *Ibid*.

[21] Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 68.

[22] Resulta útil como una primera aproximación, aunque no esté actualizada, las referencias de jurisprudencia que se establecen en las obras de Wlasic, Juan Carlos; Fernández Puentes, María Estela; y Lanza, Daniel Alejandro, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, Editorial Juris, 1998; y Gómez Carmona, Waldina; Cáceres Tovar, Víctor Manuel; Chacón Triana, Nathalia María y Huertas Díaz, Omar *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 1982.

[23] Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 50 Ver también: Corte IDH *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 48.

[24] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

[25] Véase por ejemplo la medida de reparación en el caso Vargas Areco consistente en que el Estado Paraguayo tenga que "adecuar su legislación interna en materia de reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas del Paraguay,

La Corte IDH ha sostenido que:

> [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente […] En este orden de ideas,

[…] la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.[26]

Así, el Tribunal Interamericano ha establecido que "[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".[27]

Además, la Corte IDH de manera general y reiterada ha sostenido que los Estados Parte en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.[28] Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas "o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades", en los términos del artículo 2º del Pacto de San José. Estas medidas son las necesarias para "garantizar [el] libre y pleno ejercicio" de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma.[29] El no adoptar estas medidas contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2º de la Convención.[30]

En adición a lo anterior, la Corte IDH ha llegado a afirmar que "una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto".[31] En efecto, en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* de 1997 el Tribunal Interamericano señaló que una disposición legal de un Estado podía violar *por sí misma* el artículo 2º del propio instrumento.[32]

Mientras que el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina* de 1998 afirmó claramente que la Convención Americana "establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados" estableciendo que "[e]sta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser *efectivas*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en [el] orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella".[33]

---

de conformidad con los estándares internacionales en la materia" y el contexto, los hechos y las violaciones declaradas en el fondo del caso de acuerdo a la competencia temporal de la Corte. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

26 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 136.

27 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

28 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, párr. 97.

29 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 166.

30 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 176; y Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36.

31 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 205.

32 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98. Sin embargo, cabe aclarar que la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH requiere acreditar que la ley impugnada como contraria a la Convención haya sido aplicada o haya influido en los hechos del caso concreto. Aunque el criterio varió desde larga data, por ejemplo, véanse las consideraciones realizadas en el *Caso Chocrón vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrs. 140 a 142.

33 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.* Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C

Por tanto, el Tribunal Interamericano ha determinado que las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser *efectivas* (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe *adoptar todas las medidas necesarias* para que lo establecido en la Convención sea *realmente* cumplido.[34] Así, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, *una obligación de resultado.*[35] Esto implica que una norma por mejor diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades no cumplirá con los estándares que establece el artículo 2º de la Convención.

La Corte IDH ha señalado además que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2º de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir* las *normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos;[36] lo cual implica que el respeto y observancia a lo dispuesto por el artículo 2º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras ramas del Estado, como son los poderes Ejecutivo o Judicial o inclusive los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales.

De esta forma, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH determinó que "[c]iertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda".[37]

IV. Supuestos y evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH

Los criterios descritos son de aplicación general en todos los casos en donde la Corte IDH ha conocido situaciones en las que se ha incumplido el artículo 2º que estamos analizando. Sin embargo, el Tribunal Interamericano, ante la pluralidad de situaciones que ha conocido, ha tenido que desarrollar esos mismos criterios generales en *situaciones especificas* como en casos muy trascendentes en materia de derechos de los pueblos indígenas; para determinar los efectos de leyes de amnistía; y en casos de libertad de expresión y acceso a la información, entre otros, que se analizarán por separado.[38]

No. 39, párrs. 68 y 69.

[34] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 101.

[35] Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

[36] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137.

[37] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172.

[38] Estas categorías no son de ninguna manera exhaustivas ya que la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia aun continúa desarrollándose. Así, por ejemplo, en el *Caso Forneron e hija vs. Argentina* la Corte concluyó que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón por no tipificar la venta de niños, niñas y adolescentes. Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 144.

A la par del desarrollo de esta obligación dentro de los confines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH ha aplicado estos criterios generales en el desarrollo de cláusulas similares, pero más específicas en otros tratados sobre derechos humanos dentro del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos como se analizará al final de este apartado.

1. Pueblos indígenas o tribales

El desarrollo jurisprudencial en el sistema interamericano sobre derechos humanos en torno a los derechos de los pueblos indígenas ha sido especialmente importante en torno al deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Desde el *Caso Awas Tingni (*Sumo) *vs. Nicaragua* de 2001 (primer asunto sobre la materia de los pueblos indígenas),[39] la Corte IDH consideró que el país demandado no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitiesen la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas. Además, el Estado no se ciñó a un *plazo razonable* para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad Awas Tingni;[40] por lo que la Corte IDH ordenó que el Estado *adoptara en su derecho interno*, de conformidad con el artículo 2º de la Convención Americana, las *medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter* que fueran necesarias para *crear un mecanismo efectivo* de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.[41]

En este sentido, para el Tribunal Interamericano en dicho caso, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta ya que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.[42] En el caso concreto, la falta de delimitación y demarcación de los territorios creó un *clima de incertidumbre permanente* entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes;[43] y la inexistencia de una legislación que permitiera resolver toda esta problemática trajo consigo el incumplimiento del artículo 2º del Pacto de San José.

En el mismo sentido, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005,[44] la Corte IDH determinó que de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención debían instituirse *procedimientos adecuados* en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Así, estableció que los Estados debían establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una *posibilidad real de devolución de sus tierras*, asegurando que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y

---

39 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

40 En general, sobre el plazo razonable en esta materia, véase Landa, César y Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, que aparece en el volumen *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coordinado por Ricardo Sepúlveda y Diego García Ricci, en la obra conmemorativa en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario, 2012 (en prensa).

41 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 138.

42 *Ibidem*, párr. 151.

43 *Ibidem*, párr. 153.

44 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.[45]

En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* de 2006,[46] siguiendo los precedentes antes citados, la Corte IDH determinó que el Estado paraguayo tenía la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Esto, en virtud de la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana que impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean *accesibles y simples* y que los órganos a su cargo *cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes* que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.[47] Para la Corte IDH, el reconocimiento *meramente abstracto o jurídico* del derecho de reivindicación de las tierras *carece prácticamente de sentido* si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. El Tribunal IDH consideró que con ello se amenazó el *libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales*.[48]

En el *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam* de 2007,[49] la Corte IDH determinó que el marco legal del Estado que meramente otorgaba a los integrantes del pueblo Saramaka (comunidad tribal de Surinam) un privilegio para usar la tierra, sin garantizar el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa, incumplía el artículo 2º de la Convención.[50] Estimó necesario que se reconociera a los integrantes del pueblo Saramaka la capacidad para ejercer plenamente estos derechos *de manera colectiva* mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconocieran y tomarán en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Asimismo, determinó que el Estado debía establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de *reconocimiento de su personalidad jurídica*, a través de la realización de *consultas* con el pueblo Saramaka, con pleno *respeto a sus costumbres y tradiciones*, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de *acceso a la justicia e igualdad ante la ley*.[51]

En el reciente precedente del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay* de 2010,[52] la Corte IDH reiteró, como en los otros casos paraguayos citados, que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperasen sus tierras tradicionales; representando un incumplimiento del deber estatal establecido en el artículo 2º de la Convención, de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.[53] En este caso, se estimó que ciertas acciones y omisiones del Estado, lejos de contribuir a la materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, *obstaculizaron e impidieron su concreción*, como lo fue la declaratoria de reserva natural privada de parte del territorio reclamado por la Comunidad, así como

---

45 *Ibidem*, párr. 102.
46 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
47 *Ibidem*, párr. 109.
48 *Ibidem*, párr. 143.
49 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172
50 *Ibidem*, párr. 115.
51 *Ibidem*, párr. 174. Asimismo, véase Landa, César y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.* 41.
52 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214.
53 *Ibidem*, párr. 154.

su expropiación y ocupación bajo cualquier supuesto.[54] La Corte IDH determinó que las autoridades internas paraguayas, en especial el Congreso de la República, habían mirado el tema territorial indígena exclusivamente desde la productividad de las tierras, desconociendo las particularidades propias de la Comunidad Xákmok Kásek y la relación especial de sus miembros con el territorio reclamado. El Estado, por ejemplo, ignoró por completo la reclamación indígena al momento de declarar parte de dicho territorio tradicional como reserva natural privada y *la acción de inconstitucionalidad* presentada para remediar tal situación fue inefectiva.[55]

Finalmente, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005,[56] la discusión giró en torno a si el Estado demandado tenía la legislación adecuada que permitiera a una organización indígena *ejercer sus derechos políticos de forma efectiva*, respetando el *principio de igualdad y no discriminación*. En dicho caso, la Corte IDH determinó que la obligatoriedad de participar a través de un partido político que se encontraba en la legislación nicaragüense impuesta a los candidatos indígenas propuestos por Yatama, constituía una *imposición de una forma de organización que le era ajena a sus usos, costumbres y tradiciones*, que a la postre afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos de Yatama en las elecciones municipales de 2000. El Tribunal Interamericano consideró que dicha restricción implicaba un *impedimento* para el *ejercicio pleno del derecho a ser elegido* de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama.[57]

A partir de lo anterior, la Corte IDH concluyó que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.[58] Asimismo, encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de dicho país, ya que se vieron afectados por la *discriminación legal* y de hecho impidió su participación en *condiciones de igualdad* en las elecciones municipales de noviembre de 2000.[59]

En este importante caso, la Corte IDH estimó que el Estado debía *adoptar todas las medidas necesarias para garantizar* que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua pudieran participar en *condiciones de igualdad* en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades,; de forma tal que pudieran integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus *valores, usos, costumbres y formas de organización*, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.[60] Todo esto en torno a la obligación de adoptar medidas de derecho interno para esos fines.[61]

---

[54] *Ibidem*, párr. 169.
[55] *Ibidem*, párr. 170.
[56] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
[57] *Ibidem*, párr. 218.
[58] *Ibidem*, párr. 220.
[59] *Ibidem*, párr. 224.
[60] *Ibidem*, párr. 225.
[61] Sobre el caso Yatama vs. Nicaragua, véanse también los comentarios al artículo 23 de José Luis Caballero Ochoa y Miguel Rábago Dorbecker, así como los comentarios al artículo 24 de Rodrigo Uprimmy Yepes y Luz María Sánchez Duque, ambos en esta obra.

2. Leyes de amnistía[62]

Los casos sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, constituyen los asuntos más relevantes relativos a la obligación estatal de adecuar las disposiciones de derecho interno a la normativa internacional.[63]

En el paradigmático *Caso Barrios Altos vs. Perú* de 2001,[64] al analizar las leyes de amnistía de ese país, la Corte IDH consideró que resultaban:

> inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[65]

Lo anterior debido a que este tipo de leyes "conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana".[66] En ese sentido, la Corte IDH determinó que esas leyes "impide[n] la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".[67] Así, el Tribunal Interamericano estimó que a la luz de las obligaciones los Estados Partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y violaban asimismo los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.[68]

La Corte IDH igualmente precisó que las leyes de amnistía "carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú". [69] Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la sentencia de interpretación del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que "dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales".[70]

En el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006,[71] la Corte IDH determinó que "los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de

[62] Sobre el tema, véase Errandonea, Jorge, Villadiego, Carolina, y Pelayo Moller, Carlos M. et. al. *Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay (CASO 12.607) Amicus Curiae*. 1 de diciembre de 2010. parrs. 133-148, disponible en: http://www.ciddhu.uqam.ca/documents/AmicusCuriae.AUT10.prot%C3%A9g%C3%A9.pdf

[63] Para un análisis detallado sobre las leyes de amnistía, véase también el comentario al artículo 25, de Juana María Ibáñez Rivas, el cual forma parte de esta obra.

[64] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

[65] *Ibidem*, párr. 41.

[66] *Ibidem*, párr. 43.

[67] *Ibid*.

[68] *Ibid*.

[69] *Ibidem*, párr. 44.

[70] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

[71] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”. [72] En consecuencia, “los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”.[73]

Asimismo, la Corte IDH analizó cuales son los criterios que exige el artículo 2º de la Convención respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr estos fines. Al respecto, identifico que dicha adecuación impone el deber de: (i) suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y (ii) expedir de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[74]

Así, el Tribunal Interamericano concluyó que las leyes de amnistía de este tipo constituyen *per se* una violación de la Convención Americana y se genera la responsabilidad internacional del Estado.[75] Afirmó que un Estado viola dicho instrumento internacional cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma y considera indiferente cómo se haya adoptado dicha ley.[76] Consideró que si bien era un adelanto significativo el hecho de que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, este hecho no era suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2º de la Convención. En primer lugar porque dicho precepto impone una *obligación legislativa de suprimir* toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de los tribunales nacionales puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.[77]

En cuanto a la aplicación de las disposiciones de amnistía en Chile, la Corte IDH dejó en claro que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención podía, a su vez, producir responsabilidad internacional del Estado, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por *actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos* en violación de los derechos internacionalmente consagrados.[78]

En este caso, a la luz del análisis del artículo 2º de la Convención América surgió la doctrina de *control de convencionalidad.*[79] La Corte IDH, a partir de la obligación derivada de este precepto, estableció que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.[80] Así, la Corte Interamericana determinó que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta “no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.[81]

En el *Caso La Cantuta vs. Perú* de 2006,[82] si bien la Corte IDH ya había analizado el contenido y alcances de las leyes de amnistía peruanas declarando que las mismas eran “incompatibles con la

---

72 *Ibidem*, párr. 114.
73 *Ibid*.
74 *Ibidem*, párr. 118.
75 *Ibidem*, párr. 119.
76 *Ibidem*, párr. 120.
77 *Ibidem*, párr. 121.
78 *Ibidem*, párr. 123.
79 Sobre el concepto de “Control de Convencionalidad”, véase también el comentario al artículo 1º de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller en esta misma obra.
80 *Ibidem*, párr. 124.
81 *Ibid*.
82 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Convención Americana […] y, en consecuencia, carec[ían] de efectos jurídicos", la controversia que subsistió en este caso tenía una estrecha relación con las obligaciones del Estado en el marco del artículo 2º de la Convención, la discusión consistió en determinar si esas leyes continúaban surtiendo efectos luego de la declaración general de incompatibilidad hecha por el Tribunal Interamericano en aquel caso.[83]

En el *Caso La Cantuta*, la Corte IDH precisó que el anterior *Caso Barrios Altos* se había precisado que en Perú dichas leyes de autoamnistía eran *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma "constitu[ía] *per se* una violación de la Convención" por ser "una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte" en dicho tratado. Ese aspecto constituyó el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado en el referido *Caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención.[84] Así, la Corte IDH señaló que la aplicación de las leyes de amnistía por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituye una violación de la Convención Americana,[85] lo que trae como consecuencia el incumplimiento de su obligación de adecuar su derecho interno a dicho instrumento en términos de la obligación prevista en su artículo 2º, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado.[86] De esta forma, el tiempo en que el Estado peruano aplicó esas leyes incurrió en violaciones a la Convención. Sin embargo, la Corte IDH estimó que el Estado peruano no incurrió en violación a la Convención mientras las leyes de amnistía no generaron efectos, expresando de forma categórica que las mismas "no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro".[87]

En el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* de 2010,[88] la Corte estimó necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8º y 25 de la Convención.[89] Igualmente, hizo hincapié que una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2º de la misma, adoptar todas las medidas para dejar *sin efecto* las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos, puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer *la verdad de los hechos*.[90] El Tribunal Interamericano igualmente declaró que la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva *de una cuestión formal*, como su origen, sino del *aspecto material* en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8**º** y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2**º** de la Convención, es decir, resulta irrelevante si se trata de una *amnistía o autoamnistía*.[91]

En el trascendente *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2011,[92] la Corte IDH determinó que las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, e infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1.y 2º; es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares

83 *Ibidem*, párr. 169.
84 *Ibidem*, párr. 174.
85 *Ibid*.
86 *Ibidem*, párr. 189.
87 *Ibid*.
88 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
89 *Ibidem*, párr. 173.
90 *Ibid*.
91 *Ibidem*, párr. 175.
92 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes; obstaculizando así el *pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia* en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la *impunidad y la arbitrariedad*, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del derecho internacional ellas carecen de *efectos jurídicos*.[93]

En dicho caso, la Corte IDH encontró que la obligación de investigar los hechos de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.[94] En este sentido, reconoció que existía una *confluencia de obligaciones concordantes* derivadas de ambos tratados interamericanos.

Un tema de suma importancia que analizó la Corte IDH en el analizado *Caso Gelman* fue el hecho de que la Ley de Caducidad (para cualquier efecto, una Ley de Amnistía) había sido aprobada en un *régimen democrático* y aún ratificada y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones. Para el Tribunal Interamericano, este hecho no le concedió, automáticamente ni por sí sola, legalidad ni legitimidad ante el derecho internacional.[95]

La Corte IDH determinó que *la democracia no es absoluta*, ya que está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana; de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto *formales como sustanciales*. De ahí que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.[96]

3. Libertad de expresión y acceso a la información

La Corte IDH ha establecido que el deber general del artículo 2º de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dicho instrumento, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[97]

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, el Tribunal Interamericano ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen *el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole*, así como también *el de recibir y conocer* las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una *dimensión individual* y una *dimensión social*.[98] Sin embargo, el propio Tribunal ha señalado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el *ejercicio abusivo* de este derecho. Estas restricciones tienen *carácter excepcional* y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el

---

93 *Ibidem*, párr. 226.
94 *Ibidem*, párr. 233.
95 *Ibidem*, párr. 238.
96 *Ibidem*, párr. 239.
97 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83.
98 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 53.

pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.[99]

En este apartado se analizará la interacción entre el derecho a buscar, recibir y difundir información y obligación estatal de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con la legislación que la regula o incluso de la legislación que no existe para garantizar el derecho a la libertad de expresión e incluso de acceso a la información pública.

En el *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile* de 2006, mejor conocido como el caso relativo a la película "*La última tentación de Cristo*",[100] la Corte IDH determinó que el Estado chileno al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento jurídico (específicamente en el artículo 19, número 12, de su Constitución Política y Decreto Ley número 679), estaba incumpliendo con el deber de adecuar el derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2º y 1.1 del Pacto de San José.[101] A partir de ello, el Tribunal Interamericano concluyó que el Estado había incumplido los deberes generales de "respetar" y "garantizar" los derechos protegidos por la Convención y de *adecuar* el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos referidos preceptos de la Convención Americana.[102]

En el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005,[103] la Corte IDH determinó que a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma *desproporcionada e innecesaria* en una sociedad democrática, privando al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. El Tribunal Interamericano consideró que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.[104] Igualmente la Corte IDH declaró como contrario al artículo 2º de la Convención Americana el tipo penal de "amenaza", por contener "una descripción [...] ambigua y [que] no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias". Para la Corte este tipo penal "permitiría[...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato [fueran] penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas".[105] Aunado a lo anterior, la Corte destacó que la tipificación y sanción desproporcionada en el Código de Justicia Militar de Chile por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros no era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana.[106]

En el *Caso Kimel vs. Argentina* de 2008,[107] la Corte IDH resolvió un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección a la honra de los funcionarios públicos.[108] Para resolver el caso, la Corte IDH: (i) verificó si la tipificación de los delitos de injurias

---

[99] *Ibidem*, párr. 54.

[100] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

[101] *Ibidem*, párr. 89.

[102] *Ibidem*, párr. 90. Sobre libertad de pensamiento y expresión en relación con este caso, véase también el comentario al artículo 13 de Eduardo Bertoni y Carlos Joel Zelada en esta misma obra.

[103] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Sobre libertad de pensamiento y expresión en relación con este caso, véase también el comentario al artículo 13 de Eduardo Bertoni y Carlos Joel Zelada en esta misma obra.

[104] *Ibidem*, párr. 88.

[105] *Ibidem*, párr. 92.

[106] *Ibidem*, párr. 93.

[107] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

[108] *Ibidem*, párr. 51.

y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; (ii) estudió si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluó la necesidad de tal medida; (iv) analizó la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.[109]

Respecto al tipo penal de injurias por el cual había sido condenado el señor Kimel, materia directa de estudio del presenta apartado, la Corte IDH tomó en cuenta que "es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información". En este sentido, *cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley*, tanto en sentido *formal como material*. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el *principio de legalidad*. Así, deben formularse en forma *expresa, precisa, taxativa y previa*.[110] Al respecto, el Tribunal Interamericano, aceptando el reconocimiento de responsabilidad del Estado, detectó la falta de precisión suficiente en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, lo que derivó en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2º de la Convención Americana.[111]

En el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* de 2009,[112] la Corte IDH determinó que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar de Venezuela, que tipificaba el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas, no delimitaba estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni consideraba la existencia del dolo; resultando así en una *tipificación vaga y ambigua* en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9º de la Convención y a aquéllas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades penales ulteriores. En razón de lo anterior, consideró que la tipificación penal correspondiente al citado precepto del Código Orgánico de Justicia Militar contravenía los artículos 9, 13.1 y 13.2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2º de la misma.[113]

En el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* de 2006,[114] que constituye el *leading case* sobre el *derecho de acceso a información pública*, la Corte IDH determinó que de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2º de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en el Pacto de San José; lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Para el Tribunal Interamericano, en dicho caso, implicaba que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención Americana, lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.[115] Así se determinó que el Estado chileno no cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 2º de la Convención Americana de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero.[116]

---

[109] *Ibidem*, párr. 58.
[110] *Ibidem*, párr. 63.
[111] *Ibidem*, párrs. 66 y 67.
[112] Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
[113] *Ibidem*, párrs. 57 y 58.
[114] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
[115] *Ibidem*, párr. 101.
[116] *Ibidem*, párr. 102.

4. Derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal

El artículo 8.2.h de la Convención Americana dispone que "[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […] h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger *el derecho de defensa*, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contienen errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.[117] Así, para el Tribunal Interamericano, la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.[118]

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer *fueros especiales* para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aún en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.[119] En este sentido, se ha considerado que una violación a este precepto constituye un incumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 2º de la CADH.

En el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de 2004, los *recursos de casación* presentados en contra de una sentencia en materia penal no satisficieron el requisito de ser un *recurso amplio* de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación contra la sentencia condenatoria, no satisficieran los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.[120] Así, el Tribunal Interamericano declaró que el Estado costarricense violó el artículo 8.2.h. de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2º de dicho tratado.[121]

De igual forma, en el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* de 2009, determinó que el Estado demandado violó el derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2º de la misma, puesto que en dicho asunto la condena objeto del litigio provino de un tribunal que conoció el caso *en única instancia* y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, *de la posibilidad de impugnar el fallo*.[122]

[117] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 88.
[118] *Ibidem*, párr. 89.
[119] *Ibidem*, párr. 90.
[120] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 167.
[121] *Ibidem*, párr. 168.
[122] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 91.

5. Pena de muerte

En los casos de pena de muerte que la Corte IDH ha conocido, en general, se ha determinado la existencia de *violaciones procesales* y *de legalidad* íntimamente relacionadas con el incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Así por ejemplo, en el primer caso de pena de muerte conocido por el Tribunal Interamericano, se determinó que la legislación de Trinidad y Tobago en materia penal incumplía lo dispuesto por el Artículo 2º de la Convención Americana al prever la pena de muerte *de forma automática y genérica*, sin determinar el grado de culpabilidad en un proceso en el que no estaba previsto que fuera llevado en un plazo razonable.[123]

En los casos guatemaltecos de pena de muerte de 2005, *Caso Fermín Ramírez*[124] *y Caso Raxcacó Reyes*,[125] en general, las controversias giraron en torno a las falencias en la tipificación de los delitos por medio de los cuales los condenados fueron sentenciados a muerte; la dificultad de interponer un recurso para solicitar *indulto o conmutación de la pena;* la ampliación del catalogo de delitos en los cuales se imponía la pena de muerte; y la imposición de la pena de muerte de forma obligatoria.[126] Por su parte, en los *Casos Boyce* (2007)[127] y *Dacosta Cadogan* (2009),[128] en contra de Barbados, la Corte IDH declaró que la Sección 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona, que impone la pena de muerte y la Sección 26 de la Constitución de Barbados, que impide impugnar la sección antes aludida de la Ley, resultaban contrarias a la Convención Americana.[129]

6. Fuero militar

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha conocido desde sus primeros años los problemas inherentes a la *aplicación del fuero militar* en casos que versan sobre violaciones de derechos humanos.[130] Por una parte, se encuentran los casos en donde la legislación ha permitido que *se juzgue a civiles por tribunales militares*. Por otra parte, la Corte IDH también ha conocido de casos en donde *personal militar y policial ha sido procesado por tribunales castrenses* en casos que implican la violación de derechos humanos. En este tipo de circunstancias, las *víctimas* de dichas violaciones a derechos humanos son las que han llevado a cabo las acciones pertinentes para combatir la competencia de dichas instancias.

Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte IDH ha determinado que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares sino por el *fuero común*.[131] Igualmente, se ha determinado que los tribunales militares al juzgar a civiles no cumplen los requisitos de *independencia, imparcialidad*, ni constituyen, para efectos de la Convención Americana, el *juez natural* para juzgar ese tipo de asuntos.[132]

[123] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 118 y 152.

[124] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrs. 81, 90 a 98, 105 a 110.

[125] Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 54 a 90.

[126] *Ibid.*

[127] Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

[128] Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204

[129] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Boyce, op. cit.*, párrs. 72 y 74. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan, op. cit.*, párrs. 68 a 75.

[130] Un interesante análisis del desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de fuero militar, puede verse en García Sayán, Diego, Prólogo a la obra de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 19 a 34.

[131] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 60.

[132] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrs. 130 y 161.

La Corte IDH ha sostenido de forma constante que las instancias jurisdiccionales militares no son las indicadas para juzgar presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por personal policial o militar; esto, debido a que los tribunales castrenses se encuentran insertados dentro de estructuras jerarquizadas que no son independientes ni imparciales. Asimismo, ha determinado que en este tipo de casos la investigación y sanción a los responsables debe recaer *desde un principio en la justicia ordinaria*, ya que es el juez ordinario, el *juez natural* para este tipo de casos.[133]

Son en los cuatro casos mexicanos en esta materia, sin duda, en donde la jurisprudencia de la Corte IDH muestra su plena consolidación.[134] En dichos casos, el Tribunal Interamericano determinó que en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un *alcance restrictivo y excepcional* y estar encaminada a la protección de *intereses jurídicos especiales*, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Para la Corte IDH el *fuero militar* sólo debe juzgar a *militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*.[135] El Tribunal Interamericano determinó que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde *siempre a la justicia ordinaria*. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.[136] De tal forma que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.[137]

Un aspecto de suma relevancia considerado por la Corte IDH sobre el particular, consistió en determinar que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado (el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad), *sino también sobre la víctima civil*, quien tiene derecho a participar en el proceso penal *no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia*. En tal sentido, precisó el propio Tribunal Interamericano, que las víctimas de violaciones a derechos humanos *y sus familiares* tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un *tribunal competente*, de conformidad con el *debido proceso y el acceso a la justicia*. La importancia del *sujeto pasivo* trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran *involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.*[138]

En consecuencia, en los *Casos Rosendo Radilla* (2009),[139] *Inés Fernández*[140] y *Valentina Rosendo* (2010),[141] la Corte IDH consideró que la disposición contenida en el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar,[142] incumple la obligación contenida en el artículo 2º de la Convención Americana, en

---

[133] Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 53.

[134] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. y Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. En estos cuatro casos también se dictó una medida relacionada con el artículo 2 de la CADH y que corresponde a otro de los supuestos mencionados: la necesidad de regular un recurso efectivo. Así, en las cuatro sentencias se ordenó al Estado mexicano crear un recurso para impugnar o apelar la declinatoria de competencia del fuero ordinario al castrense.

[135] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit*., párr. 272.

[136] *Ibidem*, párr. 273.

[137] *Ibidem*, párr. 274.

[138] *Ibidem*, párr. 275.

[139] *Cfr*. Resolutivos 6 y 10 del fallo.

[140] *Cfr*. Resolutivos 7 y 13 del fallo.

[141] *Cfr*. Resolutivos 6 y 12 del fallo.

[142] El Código de Justicia Militar vigente fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de agosto de1933 y dicho precepto señala: "Art 57. Son delitos contra la disciplina militar: II. los de orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a) Que fueren cometidos por militares en

conexión con los artículos 8º y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

En el mismo tenor, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, también contra de México, conocido como el caso de los "Campesinos Ecologistas", la Corte IDH además de reiterar el criterio anterior sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar,[143] también determinó que los *tratos crueles, inhumanos y degradantes* cometidos en contra de una persona por parte de personal militar, *son actos que no guardan, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense*. Por el contrario, los actos cometidos por personal militar en perjuicio de las víctimas, afectan bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana. En ese sentido, resulta claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección a los derechos humanos y, por lo tanto, *está excluida de la competencia de la jurisdicción militar*.[144]

Respecto al artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte reiteró su criterio en el sentido de que "es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado".[145] Asimismo, el Tribunal Interamericano precisó que en todo caso jurisdicción militar no es el fuero competente ni siquiera para investigar violaciones a derechos humanos, siendo la justicia ordinaria la competente para hacerlo *en todos los casos no sólo limitando su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual*. En consecuencia, para la Corte IDH, el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2º, en conexión con los artículos 8º y 25 de la Convención Americana, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.[146]

7. Derecho laboral

En el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de 2001,[147] el Estado panameño incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2º al destituir arbitrariamente de sus cargos a doscientos setenta empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales. Dicho despido se dio a partir de la emisión y aplicación de la Ley 25, a la cual se le dio efecto retroactivo. Para la Corte IDH dicha aplicación fue violatoria de preceptos convencionales y reveló que el Estado no había tomado las medidas adecuadas de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. El Tribunal Interamericano, asimismo, señaló que los Estados, *al emitir una ley*, deben *cuidar de que se ajuste a la normativa internacional* de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea Parte.[148]

En el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú* de 2003, la Corte IDH determinó que el Estado peruano, al haberse abstenido de adoptar por un largo período de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (en el caso particular el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2º de dicho tratado.[149]

---

los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;"

[143] *Cfr*. Resolutivos 8 y 15 del fallo.

[144] *Cfr*. *ibidem*, párr. 199.

[145] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 205.

[146] *Ibidem*, párr. 206.

[147] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72

[148] *Ibidem*, párrs. 183 y184.

[149] Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrs. 167 y 168.

En el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* de 2006,[150] la Corte IDH concluyó que el Estado había violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las víctimas del caso.[151] El artículo 9 del Decreto Ley No. 2564, la normativa aplicada a las personas cesadas, prohibía expresamente la posibilidad de presentar la *acción de amparo* contra los efectos del mismo,[152] viéndose las víctimas impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto que estimaren perjudicial a sus intereses.[153] Esta situación, de que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación, para la Corte IDH no puede ser considerada en una sociedad democrática como una *limitación válida* al *derecho a un real y efectivo acceso a la justicia* de los destinatarios de esa normativa.[154]

8. Estabilidad e inamovilidad de jueces

Desde el año 2008 hasta 2011, la Corte IDH ha conocido de tres casos que tienen que ver con la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela. Todos los casos tienen como común denominador el hecho de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999. En los mismos, el Tribunal Interamericano ha encontrado *violaciones concretas al deber de adoptar medidas de derecho interno* por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde la *omisión legislativa* para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta *la ausencia de garantías de inamovilidad* que deben estar previstas y hechas efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de forma independiente.

En el *Caso Apitz Barbera y otros* de 2009,[155] que versó sobre la destitución de jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, la Corte IDH analizó, entre otras, dos cuestiones legales que marcaron en definitiva los hechos del caso. Por una parte, analizó el hecho de que la legislación vigente no permitiera que los jueces que destituyeron a las víctimas del caso (los jueces de la Corte Primera) pudieran ser *recusables* y, por otra, *la falta de expedición del Código de Ética* previsto por la Ley aplicable que pudiera otorgar al órgano encargado de destituir a los jueces administrativos las suficientes garantías de independencia. En ambos supuestos la Corte IDH indicó que dichas situaciones incumplían lo dispuesto por el Artículo 2º de la Convención Americana.[156]

En la misma línea, los hechos del *Caso Reverón Trujillo*, también de 2009 contra Venezuela,[157] versó sobre la destitución arbitraria de la jueza María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba en 2002. Posteriormente, en 2004, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, *pero no ordenó la restitución de la víctima a su cargo*, *ni el pago de los salarios y beneficios sociales* dejados de percibir.

En este asunto, la Corte IDH analizó de nuevo el régimen de transición del Poder Judicial en Venezuela. En su análisis determinó que en los hechos, la aplicación de dicho régimen se había mostrado *inefectiva* para cumplir con su fin propuesto: el fortalecimiento del Poder Judicial en ese país. En primer lugar,

[150] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.
[151] *Ibidem*, párr. 132.
[152] *Ibidem*, párr. 117.
[153] *Ibidem*, párr. 119.
[154] *Ibidem*, párr. 119.
[155] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
[156] *Ibidem*, párrs. 54 a 67 y 109 a 148.
[157] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

porque el régimen se había extendido por cerca de diez años en el momento en el que la Corte IDH dictó Sentencia.[158] En segundo lugar, porque a pesar de ser una obligación de acuerdo a las leyes venezolanas y de acuerdo con lo decidido en el referido *Caso Apitz*, no se había acreditado la adopción del Código de Ética.[159] Y en tercer lugar, porque el Poder Judicial tenía al momento en que se dictó sentencia, un porcentaje de jueces provisorios de aproximadamente el 40%, conforme a las cifras proporcionadas por el propio Estado, porcentaje que en la época de los hechos del caso alcanzó el 80%.[160] Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial resultó particularmente relevante por el hecho de que Venezuela no ofrecía a dichos jueces la *garantía de inamovilidad*.[161]

Al respecto, la Corte señaló que la *inamovilidad* es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual.[162] En este caso, el Tribunal Interamericano observó que los jueces provisorios eran nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, *sin la realización de concursos públicos de oposición***,** y muchos de éstos habían sido titularizados a través del "Programa Especial para la Regularización de la Titularidad"[163] Esto quiere decir que las plazas correspondientes habían sido provistas sin que las personas que no formaban parte del Poder Judicial hubiesen tenido oportunidad *de competir* con los *jueces provisorios* para acceder a esas plazas, lo cual excluía de entrada a aquellos jueces destituidos previamente, como la señora Reverón, según los propios tribunales venezolanos, de forma irregular. La Corte IDH también encontró que a pesar de que a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorgaba, en opinión de la Corte, estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad ya que el Programa Especial de Regularización no podía equipararse a un concurso de oposición.[164]

En el *Caso Reverón*, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2º de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas, no obstante haber resultado a su favor en términos declarativos. En segundo lugar, porque no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso interno intentado no resultó *efectivo*. Finalmente, la conclusión a la que la Corte IDH llegó fue en el sentido de que algunas de las normas y prácticas asociadas al proceso de reestructuración judicial que se viene implementando en Venezuela provoca *una afectación muy alta a la independencia judicial* en ese país.[165]

El tercer y último caso que ha conocido la Corte IDH relacionado con este tema es el *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* de 2011.[166] El asunto versó sobre la destitución de la señora Mercedes Chocrón Chocrón del cargo de Jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, también en Venezuela.

En dicho caso, el Tribunal Interamericano notó que la reestructuración del Poder Judicial en Venezuela a través de la creación de los tribunales disciplinarios previstos para tal efecto, no se había materializado al dictar sentencia, a pesar de que la Constitución de ese país estableció que la legislación referida al Sistema Judicial debía ser aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Constituyente.[167]

[158] *Ibidem*, párr. 119.
[159] *Ibidem*, párr. 120.
[160] *Ibidem*, párrs. 103 y 104.
[161] *Ibidem*, párrs. 101, 102 y 113.
[162] *Ibidem*, párrs. 75-79 y 114.
[163] *Ibidem*, párr. 121.
[164] *Ibid*.
[165] *Ibidem*, párr. 127.
[166] Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
[167] *Ibidem*, párr. 141.

Para la Corte IDH resultó especialmente importante el hecho de que diversos pronunciamientos de la Comisión Judicial y del Tribunal Supremo de Justicia habían defendido el criterio de *libre remoción de los jueces provisorios y temporales,* a pesar de que este tipo de jueces deben contar con un mínimo de *estabilidad*.[168]

Así, la Corte IDH determinó que la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generaban una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento del artículo 2º en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.[169]

9. Obligaciones similares en otros tratados del sistema interamericano de derechos humanos que complementan lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH

A la par de la CADH, el Sistema Interamericano cuenta con una serie de tratados y convenciones que *complementan y especifican* las obligaciones generales en relación con los derechos humanos en la región. Dentro de estos tratados, encontramos disposiciones que ordenan a los Estados adoptar medidas de derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos consagrados en los mismos.

Así, encontramos disposiciones similares a la contenida en el Artículo 2º de la Convención Americana. En efecto, preceptos similares se encuentran en el artículo 2º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”;[170] el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;[171] el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;[172] el artículo 7c de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará”;[173] y finalmente, el artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.[174]

---

[168] *Ibid*.

[169] *Ibidem*, párr. 142.

[170] El Artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” referido a la “Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno” dispone que: “Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

[171] El Artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.

[172] El Artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctim o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona”.

[173] El Artículo 7c de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará” dispone que: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso[...].

[174] El Artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad dispone que: Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen

Sin embargo, los principales órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión y la Corte) no tienen competencia para conocer de todos estos tratados en el sistema de peticiones individuales y, en caso de tener competencia, no siempre la misma abarca todas las disposiciones.[175] Precisado lo anterior, habría que decir que en torno a estas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido especialmente prolífica en torno a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además, en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México,* aplicó la disposición el artículo 7.c de la “Convención Belem do Pará”.[176]

El que hasta el momento la Corte IDH haya desarrollado estos preceptos de forma particular no implica que en el futuro la Corte Interamericana no pueda conocer disposiciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano según la misma determinación de su competencia que eventualmente realice.

En cuanto a la disposición contenida en el Artículo 6º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cabe decir que la misma ha sido aplicada en el conocimiento de varios casos ante la Corte IDH. Al respecto, en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 2008,[177] determinó que el artículo 6º referido establece la obligación según la cual los Estados Partes deben asegurar que “todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”. Asimismo, el artículo 8º de la misma Convención, según la Corte IDH, que “cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”. Todo lo anterior se relaciona con la obligación general de “prevenir y […] sancionar la tortura”, contenida en el artículo 1 de dicha Convención.[178] En dicho caso, la Corte IDH encontró que el Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipificaba de manera específica el delito de tortura.[179] De lo anterior determinó que el

a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;
b) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y
c) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.
2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:
a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;
b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y
c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

[175] Sobre el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos consúltese: Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* México, CNDH, 2011, p. 79.

[176] Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 287 a 389.

[177] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

[178] *Ibidem*, párr. 213.

[179] *Ibidem*, párr. 214.

Estado incumplió con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6º y 8º de la Convención contra la Tortura.[180]

Por su parte, el Artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la obligación de tipificar, conforme a lo dispuesto en la misma Convención, el delito de desaparición forzada de personas. Al respecto, en una gran cantidad de casos el Tribunal Interamericano ha determinado el incumplimiento de esta obligación especifica emanada de este tratado. Entre los casos en los que la Corte IDH ha llegado a esa determinación, se encuentra *Caso Gómez Palomino vs. Perú* (2005),[181] *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela* (2005),[182] *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008),[183] *Caso Anzualdo Castro vs. Perú* (2009),[184] *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (2009),[185] y *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011);[186] y, en consecuencia, ha ordenado *medidas de reparación* tendientes a corregir dichas situaciones.

V. El artículo 2 de la CADH como fundamento del control de convencionalidad

A poco más de un lustro de la creación de la doctrina del "control de convencionalidad"[187] en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006,[188] se advierte que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en fundamentar este control en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[189]

Desde la *Opinión Consultiva 14/94*, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,[190] relativa a los alcances interpretativos de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana, se consideró que *la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias* para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violarlos; y también a *adecuar*

---

[180] *Ibidem*, párrs. 215 y 216.

[181] Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párrs. 91 a 110.

[182] Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 58.

[183] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrs. 187, 195, 197, 200, 207 y 209.

[184] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párrs. 165 a 167 y 191.

[185] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs, 315 a 324. Sobre el tema consúltese también, Pelayo Moller, Carlos María, *El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. XII, 2012.

[186] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 237 a 241 y 246.

[187] Sobre el concepto de "Control de convencionalidad", véase el comentario al artículo 1º de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller en esta obra.

[188] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, particularmente párrs. 123 a 126.

[189] Además se ha considerado el artículo 29 del Pacto de San José. *Cfr*. voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot que se acompaña a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera *García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; especialmente el apartado "III.C. Caracterización del "control difuso de convencionalidad" a la luz de su desarrollo jurisprudencial" y especialmente el epígrafe "III.C.d):f) Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (pp. 20-22 del voto).

[190] *Cfr*. Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

la normatividad inconvencional existente. Se consideró que lo anterior se fundamenta en un *principio general del derecho internacional*, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de *buena fe,* de tal manera que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Este principio ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26[191] y 27[192] de la CVDT.

De manera específica sobre el artículo 2º del Pacto de San José como fundamento del control de convencionalidad, el Tribunal Interamericano ha considerado que:[193]

> 179. En relación con la obligación general de *adecuar la normativa interna a la Convención,* la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas"[194]. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos,[195] lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile).*[196]
>
> 180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[197] Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se *denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.*[198]

En este sentido, cuando el artículo 2º de la Convención Americana refiere al compromiso de los Estados Partes para adoptar "las medidas legislativas *o de otro carácter* que fueren necesarias para hacer

[191] Art. 26: "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

[192] Art. 27: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

[193] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrs. 179 y 180,

[194] *Cfr*. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 55, y Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 170.

[195] *Cfr.* Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 56.

[196] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 171; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, op. cit.*

[197] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118; y Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122.

[198] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; y Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 113.

efectivos tales derechos y libertades", debe entenderse como la obligación de *todas las autoridades*, dentro de sus respectivas competencias, de asegurar la efectividad de los derechos.

La expresión "o de otro carácter" implica cualquier medida eficaz para tales propósitos, como pueden ser "interpretaciones conformes" de la normatividad nacional con el Pacto de San José o incluso *dejar de aplicar las disposiciones internas* cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional. De ahí que el parámetro para ejercer el control de convencionalidad sea precisamente la Convención Americana (y en general el *corpus iurs* interamericano), comprendiendo también "la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".[199]

Esto implica que en realidad este tipo de control sea de carácter *difuso*, al tener la obligación de ejercerlo *todas las autoridades*, como claramente se estableció en el *Caso Gelman vs, Uruguay* de 2011, al constituir una "función y tarea de *cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial",[200] lo que genera un auténtico "diálogo" multinivel y propicia una "viva interacción",[201] especialmente entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

Por supuesto, son los altos órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales, salas y cortes constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que mantendrán un mayor grado de intensidad en el "diálogo jurisprudencial" con la Corte IDH,[202] a través del ejercicio o revisión, en su caso, del *control difuso de convencionalidad*.[203]

En todo caso, como apunta García Ramírez: "el control de convencionalidad, *desplegado con seriedad, competencia y acierto*, favorece y fertiliza el *diálogo jurisprudencial* (o bien, jurisdiccional) interno e internacional, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público".[204]

---

[199] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

[200] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

[201] *Cfr*. García Sayán, Diego, *Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos*, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323 a 384.

[202] *Cfr*. de Vergottini, Giusepe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones,* con muy interesante prólogo de Javier García Roca, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

[203] Sobre esta dimension, véanse los trabajos contenidos en la obra colectiva, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, op. cit.*, 2012.

[204] García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pp. 211 a 243, en pp. 215 a 216.

CAPÍTULO II – DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17.* Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

Organización de los Estados Americanos

Organización de los Estados Americanos. Proyecto de Convención sobre derechos humanos, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano e Jurisconsultos, Acta final, Santiago de Chile, septiembre 1959, CIJ-43.

Organización de los Estados Americanos. Dictamen sobre el proyecto de Convención sobre derechos humanos, documento de la OEA/Ser/.L/V/II.15/doc.26.

Organización de los Estados Americanos. Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, 7 a 22 de noviembre de 1969, documento de la OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Publicaciones y artículos

NOWAK, Manfred, *U.N. Convenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2ª. Edición revisada, N.P. Engel Publisher, Kehl – Strasbourg – Arlintong, 2005.

Índice

CAPÍTULO II - DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

I. Introducción

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es sin lugar a dudas, junto con el derecho a la vida,[1] uno de los derechos más importantes consagrados por el Derecho internacional de los Derechos Humanos. En efecto, en este derecho está a la base misma de la noción de sujeto de derecho, lo que determina su "existencia efectiva" ante la sociedad y el Estado y que le permite ser titular de derechos y de obligaciones, ejercer sus derechos así como de tener "capacidad de actuar". En cierto modo, el derecho a la personalidad jurídica es el derecho a tener derechos. En ese sentido, el artículo XVII de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* resulta aclarador acerca del contenido de este derecho, cuando prescribe que "[t]oda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales". No sin razón, la CIJ ha destacado el carácter trascendental del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.[2]

Además del artículo 3 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, este derecho está consagrado en numerosos tratados e instrumentos internacionales, tanto en el ámbito universal como a nivel regional. En efecto, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra consagrado y amparado por: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;*[3] la *Declaración Universal de Derechos Humanos;*[4] el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;*[5] la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;*[6] la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad;*[7]

[1] Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[2] Corte Internacional de Justicia. *(Avis Consultatif du 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies)*, en: *Receuil de la Cour Internationale de Justice. Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, pág. 178.*

[3] Artículo XVII: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

[4] Artículo 6: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

[5] Artículo 16: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

[6] Artículo 24: "Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

[7] Artículo 12: "Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica".

los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos,*[8] de las Naciones Unidas; la *Carta Africana sobre los Derechos Humanose y de los Pueblos*[9] *y la Carta Árabe de los Derechos Humanos.*[10] Respecto de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, algunos autores consideran que el* derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser considerado como la primera expresión de dignidad del ser humano, en tanto que su reconocimiento como sujeto de derecho le confiere plena existencia en la sociedad.[11] Aunque el CEDH no hace referencia expresa al derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, en concepto del Comité de Expertos del Consejo de Europa este derecho se infiere de otras normas del Convenio Europeo y constituye un pilar de toda sociedad democrática.[12]

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el proceso de redacción de la CADH no fue objeto de mayor discusión.[13] Durante el proceso de redacción de la CADH, Chile y Ecuador insistieron en que la redacción de este derecho siguiera con la redacción del artículo 16 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*[14] No obstante resulta importante destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el anteproyecto de Convención, consideró que se trataba de un "derecho humano sustantivo" de gran importancia.[15]

II. Desarrollo histórico de derecho a la personalidad jurídica

A diferencia de otros derechos humanos protegidos por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido objeto de poco desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Ello no es una particularidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y esa misma constante se registra en el Sistema Universal de Derechos Humanos así como en los demás sistemas regionales. En ese contexto, resulta de gran utilidad para delimitar el alcance y contenido de este derecho tener en cuenta como fue emergiendo en el derecho internacional y moldeado por éste. Ello es tanto más pertinente que la propia *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* reflejando un principio ampliamente reconocido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estipula expresamente que:

> [n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido [...] de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados[Partes]; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.[16]

Como lo han señalado varios autores, históricamente el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tiene sus fuentes en el concepto de "derechos de la personalidad" del derecho civil (*droits de la personnalité, persönlichkeitarechte, individualrechte, rights of personality*), resultado de una larga evolución que se cristalizó en el siglo XIX y tuvo su expresión en la inmensa mayoría de los

---

8 Principio 20, párr. 1:"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998).

9 Artículo 5.

10 Artículo 22.

11 Ver, por ejemplo, Ouguergouz, Fatsah, *The African Charter on Human and Peoples' Rights – A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pág. 109.*

12 Ver documento del Consejo de Europa H (70)7, 41 f.

13 Organización de los Estados Americanos. Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, 7 a 22 de noviembre de 1969, documento de la OEA/Ser.K/XVI/1.2.

14 *Ibidem, pp. 39 y 104.*

15 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos – 1968, OEA, 1973, p. 96.*

16 Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

códigos civiles.[17] La Corte de Casación de Francia consideró que se trataban de derechos "inherentes a la personalidad en sí misma" del individuo.[18] La doctrina civilista del siglo XIX coincidía en considerar que el derecho a un nombre era un elemento inherente del derecho a la personalidad.[19] Como lo señaló el anterior Juez de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade*:* "la personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, - por otro lado el *corpus juris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal".[20]

Algunos autores han considerado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido plasmado de manera demasiado general y vaga en los instrumentos internacionales.[21] Los *travaux préparatoires* de la DUDH resultan reveladores sobre el alcance de este derecho. Así, los *travaux préparatoires* precisan que este derecho garantiza que "todo ser humano tiene el derecho a disfrutar y gozar de sus derechos, asumir obligaciones contractuales y ser representado en acciones legales".[22] Durante el proceso de adopción de la Declaración Universal, uno de los comentaristas precisaría que este derecho "cubre los derechos fundamentales referente a la capacidad legal de una persona, que no son explícitamente mencionados en los artículos subsecuentes de la Declaración".[23] Como lo subraya el profesor Richard B. Lillich, al destacar que este derecho "fue pensado para ser tan importante como los derechos que salvaguardan la integridad física del individuo", el rechazo de la Comunidad Internacional a la esclavitud, la servidumbre y las medidas del régimen nazi que denegaban la condición de ser humano a varias categorías de individuos así como el régimen segregacionista del *Apartheid* constituyen la razón de ser para que este derecho fuera consagrado como un derecho fundamental de todos los seres humanos.[24] En ese sentido el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ha desarrollado estrechamente con los principios de igualdad y de no discriminación, pilares fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y considerados normas de *jus cogens* por la Corte IDH.[25]

Resulta de gran interés el trabajo del Profesor Manfred Nowak sobre el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y, en particular, su comentario sobre el artículo 16 de este tratado (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica). Así, Nowak ha señalado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es uno de los derechos más esenciales del ser humanos –de allí su carácter no derogable– y constituye un prerrequisito para el goce efectivo de otros derechos y libertades.[26]

[17] Ver al respecto, entre otros: Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde y Martin Wolf, *Traité de droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París 1950 (Tomos I, II y III); Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, pp. 150 y siguientes ; y *Right of privacy and rights of the personality – Nordic Conference on privacy organized by the International Commission of Jurists* – Stockholm, May 1967, Ed. P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stochholm, 1967.

[18] Corte de Casación, sala civil, Sentencia de 25 de junio de 1902.

[19] Ver al respecto, entre otros: *Right of privacy and rights of the personality – Nordic Conference on privacy organized by the International Commission of Jurists* – Stockholm, May 1967, Ed. P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stochholm, 1967.

[20] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Voto Concurrente juez Antonio A. Cançado Trindade. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.*

[21] Ver por ejemplo F. Jacob, *The European Convention on Human Rights, 1975,* p. 38 y A. Robertson *The United Nations Convenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights,* en: *The British Yearbook of International Law, N° 45, 1968-1969, Oxford University Press, p. 39.*

[22] Citado en Lillich, Richard B., *Civil Rights*, en Theodor Meron, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Clarendon Press Oxford, 1988, p. 131 (Original en inglés, traducción libre).

[23] *Ibid.*

[24] *Ibid.*

[25] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.*

[26] Manfred Nowak, *U.N. Convenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary,* 2nd revised edition, N.P. Engel

Nowak señala que "[l]a protección de la existencia del individuo presupone, en un estado de derecho la protección […] del reconocimiento de la personalidad jurídica".[27]

III. Definición, contenido y alcance del derecho a la personalidad jurídica

1. Definición y contenido del derecho

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere a la facultad de ejercer y gozar de sus derechos, la capacidad de asumir obligaciones, y la "capacidad de actuar". En ese sentido cabe destacar, como lo expresara el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Antonio A. Cançado Trindade: "[l]a personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas".[28]

Si bien el artículo 3 de la CADHtiene una redacción lapidaria, la DADDHresulta de gran utilidad para el establecimiento de la definición y el contenido de este derecho, al prescribir que "[t]oda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".[29] Así lo ha precisado la Corte IDHal considerar que el artículo 3 de la Convención Americana "debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".[30] En ese orden de ideas, la Corte Interamericana ha concluido que "[e]l derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes".[31]

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que "la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros".[32]

Publisher, Kehl – Strasbourg – Arlintong, 2005, p. 282.

27 *Ibidem, p. 294 (Original en inglés, traducción libre).*

28 Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, voto disidente Juez Antonio A. Cançado Trindade. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 120, párr. 15.*

29 Artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

30 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179.*

31 *Ibid. En el mismo sentido ver:* Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87;* Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 157.*

32 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166. En el mismo sentido ver: Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179; y* Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179.* De la misma manera la Corte IDH ha señalado que el Estado debe procurar los medios para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ejerza libremente, asimismo debe garantizar a las personas vulnerables y marginadas las condiciones jurídicas y administrativas para ejercer ese derecho. *Cfr*. *Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa* párr. 189, *Caso del Pueblo Saramaka*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, párr.. 167, *Caso Anzualdo Castro*, párr. 88, *Caso Radilla Pacheco*, párr.. 156, *Caso Chitay Nech y otros*, párr.. 101, *Caso Comunidad Xámok Kásek*, párr.. 249, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, párrs. 97, 101, *Caso Torres Milacura y otros*, párr. 105; y *Caso González Medina y familiares*, párr. 188.

2. Titularidad del derecho

El titular del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica es la persona, esto es el ser humano o la persona física o natural. El artículo 1(2) de la CADH es claro al precisar que "[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". La jurisprudencia interamericana ha sido consistente en considerar que "el sistema de protección de los derechos humanos en este Hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas".[33] Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desestimado las peticiones en las que se alega la violación de un derecho cuya titularidad es reivindicada por una persona jurídica y no por una persona física.[34]

Ello no es una particularidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino una regla general del derecho internacional. Así, por ejemplo, el PIDCP se refiere al "individuo"[35] y al "ser humano".[36] El CEDH también se refiere a los derechos de personas físicas o seres humanos. No obstante, el Convenio Europeo tiene una sola excepción a esta regla: reconoce la titularidad del derecho a la propiedad y, por ende de protección internacional, respecto de personas jurídicas o morales.[37]

No obstante cabe señalar dos evoluciones en este campo en el sistema interamericano de derechos humanos: las comunidades o pueblos indígenas, y las personas morales o jurídicas.

La Corte Interamericana ha abordado la cuestión del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas.[38] La Corte Interamericana ha concluido que, tratándose de comunidades o pueblos indígenas, "[e]l reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho […] [y que] el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria".[39]

En la última década se ha venido cristalizando una tendencia de la jurisprudencia internacional de derechos humanos a reconocer cierto nivel de protección internacional a las personas jurídicas. No se trata de un reconocimiento de estas personas como sujetos y titulares de derechos humanos, pues ello sigue radicado en cabeza del ser humano. Tanto el Comité de Derechos Humanos[40] como el TEDH[41]

---

[33] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 10/91, Caso 10.169, Banco de Lima (Perú), en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12 de 22 febrero 1991 pág. 452. En el mismo sentido ver: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 29.

[34] *Ibid.* Ver igualmente entre otros: *Informe No. 88/03, Caso11.53, Parque Natural Metropolitano vs. Panamá; e Informe No. 47/97, Tabacalera Boquerón S.A. c. Paraguay.*

[35] Ver por ejemplo: artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[36] Ver por ejemplo, párr. 3º del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[37] Artículo 1° del Primer Protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

[38] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 167; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189.

[39] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 171 y 172.

[40] Dictamen de 25 de octubre de 2010, Comunicación No. 1383/2005, Vladimir Katsora, Leonid Sudalenko e Igor Nemkovich c. Belarús; Dictamen de 27 de julio de 2007, Comunicación No. 1296/2004, Aleksander Belyatsky y otros c. Belarús; y Dictamen de 31 de octubre de 2006, Comunicación No. 1274/2004, Viktor Korneenko y otros c. Belarús.

[41] Ver entre otros: Sentencia de 30 enero de 1998, Partido Comunista Unificado c. Turquía, Caso No.133/1996/752/951; Sentencia de 14 de mayo de 2006, Partido popular demo-cristiano c. Moldavia, Caso No.28793/02; Sentencia de 8 de diciembre de 1999, Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP) c. Turquía, Caso No. 23885/94; Sentencia de 17 de febrero de 2004, Gorzelik y otros c. Polonia, Caso No: 44158/98; y Sentencia de 10 de Julio de 1998, Sidiropoulos y

han considerado que cabe brindar cierto nivel de protección a las personas jurídicas, cuando estas son la expresión, materialización y vehículo del ejercicio colectivo de derechos individuales –como las libertades de expresión y de asociación así como los derechos políticos–. No se trata de una protección directa, toda vez que la persona jurídica no es en sí misma titular de derechos humanos ni bajo el PIDCP ni el CEDH . En ese contexto, es interesante destacar que el Comité de Derechos Humanos ha ordenado la restitución de la personería jurídica a personas morales, en particular organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, que habían sido disueltas por el Estado en retaliación por el ejercicio colectivo de las libertades de expresión de sus miembros.[42] El sistema interamericano de derechos humanos no ha sido ajeno a esta evolución sobre la cuestión de las personas jurídicas y su relación con el ejercicio colectivo por parte de individuos de sus derechos individuales. Aun cuando no existen pronunciamientos concluyentes al respecto por parte de los órganos interamericanos, la Corte[43] y la Comisión[44] han hecho algunos avances conceptuales sobre la cuestión.[45]

3. Alcances del derecho

Si bien el reconocimiento la personalidad jurídica del ser humano es un derecho fundamental y que está íntimamente ligado con los principios de igualdad y de no discriminación, ello no significa que el goce y ejercicio de este derecho sea igual para todas las personas ni impide un tratamiento diferenciado. En efecto, la Corte IDH ha precisado que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. […] Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran".[46] Ciertamente, tal trato diferenciado sólo es legítimo sí está basado en criterios razonables y objetivos y no establecen discriminaciones prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o es aplicado de manera discriminatoria.[47] Así, la Corte Interamericana ha precisado que "[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana".[48]

otros c. Grecia, Caso No. 57/1997/841/1047.

42 Dictamen de 31 de octubre de 2006, Comunicación No. 1274/2004, Viktor Korneenko y otros c. Belarús, y Dictamen de 27 de julio de 2007, Comunicación No. 1296/2004, Aleksander Belyatsky y otros c. Belarús.

43 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina (Excepciones Preliminares),* Sentencia de 7 de septiembre de 2001, Serie C No. 85, párrs. 27 y 28.

44 Informe de Admisibilidad No. 140/09 de 30 de diciembre de 2009, Petición No. 1470-05, Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (SINTRAOFAN) – Colombia, párr.. 54; e Informe No. 72/11 (Admisibilidad) de 31 de marzo de 2011, Petición 1164/05, William Gómez Vargas (Costa Rica), párrs. 33 y 36. Ver igualmente: Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, de 30 diciembre 2009 Capítulo "V. La Defensa de los Derechos Humanos y la libertad de asociación", párrs. 559 y ss.

45 Sobre este tema véase el comentario al artículo 1 de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Carlos María Pelayo Möller en esta obra.

46 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 45 y 46. *En el mismo sentido, ver* Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89.

47 *Ibid.* Ver entre otros *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.*

48 *Ibidem, párrs. 56 a 57.*

Así, el derecho al reconocimiento la personalidad jurídica –esto es, la facultad de ejercer y gozar de sus derechos, la capacidad de asumir obligaciones, y la "capacidad de actuar"– puede tener un alcance distinto respecto de ciertas categorías de individuos. En ese sentido cabe recordar que la CIJ señaló que "los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad".[49] No obstante, ello no significa que no gocen del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica ni que éste derecho no sea inderogable.

Una primera categoría de sujetos son los menores de 18 años y las personas con discapacidad mental. Al respecto, la Corte IDH ha precisado que no existe "discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio".[50] Asimismo la Corte Interamericana ha precisado que "[l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana".[51]

Otra categoría de sujetos son los extranjeros. En efecto, el alcance del derecho al reconocimiento la personalidad jurídica tiene un alcance distinto tratándose de personas extranjeras, toda vez que son admisibles las limitaciones "en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad [y] pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos".[52] Igualmente y según se trate de migrantes documentados o indocumentados, el goce de ciertos derechos –como por ejemplo, el derecho de circulación y residencia–[53] puede ser diferenciado. Sin embargo, como lo ha señalado la Corte IDH, tal tratamiento diferenciado no puede infringir el respeto de la dignidad humana y debe garantizar el debido proceso legal, independientemente del estatus migratorio de las personas.[54]

Otra categoría de individuos que pueden ver limitado el goce de ciertos derechos humanos, son las personas privadas de libertad y las personas condenadas.

IV. Naturaleza inderogable del derecho a la personalidad jurídica

El carácter de derecho fundamental del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se expresa en su carácter *inderogable o intangible*. En efecto, así como otros tratados de derechos humanos,[55] el artículo 27 de la CADH no autoriza la suspensión del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ni aún en "caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia

[49] ICJ Avis Consultatif du 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, en Receuil 1949 pág. 178 (original en francés, traducción libre).

[50] Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.*

[51] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.*

[52] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 89 y 119.*

[53] Artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[54] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 119 y ss; y Corte IDH., El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 117 y ss.*

[55] Ver, por ejemplo: artículo 4 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

o seguridad del Estado".[56] Asimismo, la *Convención Americana* no autoriza a los Estados a suspender los recursos y garantías judiciales indispensables para la protección de este derecho.[57] La Corte IDH ha precisado que esta no autorización de los recursos y garantías judiciales, prescrita por el artículo 27 de la Convención Americana, debe interpretarse como prohibición, ya que este derecho, como los demás de carácter inderogable, son "consustanciales" a la persona humana.[58] Asimismo, la Corte precisó que "La determinación de qué garantías judiciales son 'indispensables' para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales 'indispensables' para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender".[59]

Esto último resulta de trascendental importancia tratándose del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que éste abarca una multiplicidad de situaciones, en tanto derecho a ser sujeto de derechos y obligaciones. Así, más allá de una casuística para la determinación específica de los recursos y garantías judiciales que deben existir en todo tiempo y circunstancia para amparar el goce y ejercicio efectivo de este derecho, la Corte Interamericana ha precisado que estos deben ser judiciales, idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio del derecho, surtirse de conformidad con el "debido proceso legal" e implican la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial.[60]

1. El derecho a la personalidad jurídica y su relación con otros derechos y prácticas violatorias de los derechos humanos

Por definición, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica está estrechamente vinculado con la inmensa mayoría de los demás derechos humanos. Ello ha sido constatado de manera puntual en relación con ciertos derechos por la jurisprudencia interamericana. No obstante, como lo señaló Manfred Nowak en relación con el PIDCP, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser integrado en la interpretación sistemática de toda disposición del Pacto.[61] Esta consideración es igualmente valida para la CADH, dado la naturaleza y alcance de este derecho. Así, por ejemplo, Nowak señala que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser considerado al interpretar el artículo 17 del PIDCP, que ampara el derecho a no ser "objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Esta protección a la vida privada, como lo señala Nowak, está enderezada a preservar la identidad y autonomía del individuo.[62]

2. La desaparición forzada y otras graves violaciones de derechos humanos

La jurisprudencia internacional de derechos humanos es unánime en considerar que la desaparición forzada no constituye una simple violación a los derechos humanos, sino que es una práctica que viola numerosos derechos humanos, muchos de ellos inderogables. Así, desde su trascendental sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que: "[l]a desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar".[63] No huelga recordar

[56] Artículo 27 (2).
[57] *Ibid.*
[58] Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 18.*
[59] *Ibidem, párr. 28.*
[60] *Ibidem, párrs. 29 y 30; Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrs. 20 y ss.*
[61] *Nowak, Manfred, U.N. Convenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary,* 2a. edición revisada, Engel Publisher, Kehl – Strasbourg – Arlintong, 2005, p. 286.
[62] *Ibidem,* p. 294.
[63] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155.*

que la Corte Interamericana ha declarado que la prohibición de la práctica de la desaparición forzada ha alcanzado carácter de *jus cogens.*[64]

Un elemento que caracteriza la desaparición forzada es que esta práctica sustrae al individuo de la protección de la ley.[65] Esta naturaleza específica de la desaparición forzada, y así nos lo indica la realidad, tiene como consecuencia suspender el goce de todos los derechos del desaparecido y colocar a la víctima en una situación de indefensión total. Así, la desaparición forzada conlleva de manera inherente la violación del derecho a la personalidad jurídica. Esta constatación de la jurisprudencia[66] y doctrina[67] internacionales ha sido cristalizada en la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* la cual estipula que todo acto de desaparición forzada "constituye una violación a las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica […]".[68] La Corte IDH ha concluido que "en casos de desaparición forzada de personas se viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos".[69]

Otras graves violaciones de derechos humanos implican inherentemente una vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, aun cuando estos derechos sean amparados autónomamente por la CADH. Así cabe mencionar la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos.[70] Igualmente cabe destacar aquellas legislaciones o prácticas que invocando motivos prohibidos de discriminación –como, por ejemplo, la raza el sexo, la orientación sexual, la condición social, las opiniones políticas– impidan o nieguen la calidad de sujeto de derecho, su capacidad para actuar, y/o el goce de sus derechos civiles fundamentales. Así, por ejemplo, el Comité contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas ha destacado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que tiene todo ser humano "es particularmente pertinente en el caso de la

64 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 86; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 61; y Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 75.

65 Ver: Párr. 3° del Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y Artículo 2 de la Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

66 Ver por ejemplo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 55/96 de 6 de diciembre de 1996, Petición 8076, Caso Axel Raúl Lemus García c. Guatemala, párr. 24; Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Kuwait, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/69/KWT de 27 de julio de 2000, párr. 11 y Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argelia, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998, párr. 10.

67 Ver por ejemplo Informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1435 de 13 de marzo de 1981, párr. 185 y siguientes; E/CN.4/1492 de 31 de diciembre de 1981 párr. 164 y siguientes; E/CN.4/1996/38, párr. 43; Comentario sobre el artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por el Grupo en 2000, E/CN.4/2001/68 de 18 Diciembre de 2000, párr. 31; e Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias – Adición: Mejores prácticas de la legislación penal nacional en material de desapariciones forzadas, Documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48/Add.3 de 28 de diciembre de 2010, párr. 29.

68 Artículo 1 (2) de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

69 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 92. En el mismo sentido ver: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 101; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 157; y Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 88.

70 Artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto".[71]

Es obvio que estas prácticas prohibidas por el Derecho Internacional violan por definición el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, pues constituyen su antítesis, al negarle al ser humano su condición de sujeto de derecho.

3. El derecho al nombre

Aun cuando la CADH ampara como derecho autónomo el derecho al nombre,[72] este derecho está estrechamente relacionado con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano.[73] No huelga recordar que el derecho de toda persona "a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos", consagrado por la CADH,[74] es inderogable.[75]

Esta estrecha relación ha sido destacada por la jurisprudencia[76] y la doctrina[77] en el marco del PIDCP. Este tratado no hace referencia expresa al derecho a tener un nombre, salvo en lo que se refiere a los niños.[78] No obstante, la doctrina coincide en que el derecho a un nombre tiene su fundamento jurídico en el artículo 16 del Pacto, que ampara el derecho al reconocimiento jurídico de la personalidad del individuo. El Comité de los Derechos del Niño ha igualmente destacado la intima relación entre el derecho al nombre, consagrado en la *Convención sobre los Derechos del Niño*,[79] el derecho al reconocimiento jurídico de la personalidad: "[e]s menester dar prioridad a la inscripción de los nacimientos en el registro para que cada niño sea reconocido como persona y pueda disfrutar de todos sus derechos".[80]

4. El derecho a la identidad

Aunque la CADH no consagra expresamente en sus disposiciones normativas el derecho a la identidad, la Corte Interamericana ha considerado que está protegido bajo el derecho internacional, toda vez que es un elemento consustancial del ser humano[81]. El derecho a la identidad constituye un elemento inherente al ser humano tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad. La Corte Interamericana ha concluido que "el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del

---

71 Recomendación general XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género (2000), párr. 19. En el mismo sentido ver: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Naciones Unidas, Recomendación general No. 21, "La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares", (1994).

72 Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

73 Sobre relación entre derecho al nombre y personalidad jurídica, también ver comentario al artículo 18 de Mary Beloff en esta obra.

74 Artículo 18.

75 Artículo 27 (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

76 Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 3 de abril de 1995, Comunicación No. 400/1990 , Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, y Ximena Vicario c. Argentina, párr. 10 (5).

77 Nowak, *Manfred, op.cit. p. 432.*

78 Artículo 24 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

79 Artículo 7 (1) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

80 "Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Nepal", párr. 180, en Documento de las Naciones Unidas CRC/C/54.

81 Ver entre otros: Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, y Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

caso".[82] Si bien, el derecho a la identidad ha sido expresamente reconocido por varios instrumentos y estándares internacionales en relación con los derecho del niño[83], la Corte Interamericana ha precisado que "si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años".[84]

El estrecho vínculo entre el derecho a la identidad y el derecho a la personalidad jurídica ha sido destacado por la Corte IDH: "Al respecto, la Asamblea General de la OEA señaló 'que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la DADDH y la Convención Americana'.[85] Asimismo estableció que 'la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales'.[86] En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el 'derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana' y que, en consecuencia, 'es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana'."[87]

Sobre esta estrecha relación entre los dos derechos, cabe destacar el voto disidente del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Antonio A. Cançado Trindade, en el caso Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador: "no hay cómo disociar el derecho a la identidad, de la propia personalidad jurídica del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional […]El respeto al derecho a la identidad habilita al individuo defender sus derechos, y tiene por lo tanto incidencia asimismo en su capacidad jurídico-procesal tanto en el derecho interno como en el derecho internacional […]El derecho a la identidad viene a reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su 'verdad personal'. El derecho a la identidad, abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea ésta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior. De ahí su relevancia, con incidencia directa en la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional".[88]

---

82 Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.* párr. 113; y Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit. párr. 122.*

83 Ver entre otros: Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8); Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño (Párrafo); Resolución No. 58/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (párr. 12); y Resoluciones "Derechos del niño" Nos. 2003/86 y 2000/85 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

84 *Ibid.*

85 OEA, "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'", resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Al respecto, *Cfr. Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.*

86 OEA, Resoluciones AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07); 2362 (XXXVIII-O/08), y 2602 (XL-O/10), supra nota 133.

87 Comité Jurídico Interamericano, Opinión, supra nota 133, párr. 12, y Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op.cit.* párr. 123.

88 Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.* Voto disidente Juez Antonio A. Cançado Trindade. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 120, párrs. 13 y 19.

5. El derecho a la nacionalidad

Si bien, como ocurre con el derecho al nombre, la CADH ampara el derecho a la nacionalidad como un derecho autónomo[89] y distinto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, ambos derechos están estrechamente relacionados. No huelga recordar que el derecho a la nacionalidad, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es inderogable.[90] Esta estrecha relación entre ambos derechos ha sido destacada por la Corte IDH en los siguientes términos: "el derecho a la nacionalidad […], en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerrequisito para que puedan ejercerse determinados derechos […]. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta".[91]

[89] Artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[90] Artículo 27 (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver igualmente: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op.cit.*, párr. 128; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op.cit.*, párr. 136; y Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-8 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 23.

[91] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op.cit.*, párr. 128. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana,op.cit.*, párr. 136.

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.* Sentencia de 5 de julio de 2006.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

Corte IDH*. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240.

Artículos y publicaciones académicos

MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana; Vida, Integridad personal, Libertad personal, Debido proceso y Recurso Judicial,* Santiago, Universidad de Chile, 2003.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

O'DONELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

HUERTAS DÍAZ, Omar. *Convención Americana de Derechos Humanos: Doctrina y jurisprudencia 1980-2005,* Universidad Autónoma de Colombia, 2005.

Índice

I. Introducción

El derecho a la vida que tiene toda persona humana es la condición previa necesaria para la realización y disfrute de todos los demás derechos.[1] En efecto, de no ser respetado y garantizado el derecho a la vida, los demás derechos de la persona se desvanecen, ya que se afecta la existencia misma de su titular.[2] Como consecuencia de ello, no son aceptables las restricciones del derecho a la vida que configuran, por tanto, una violación a la Convención Americana[3] y que comprometen la responsabilidad internacional de los Estados partes.

El derecho a la vida es uno de los más desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual ha declarado la violación del artículo 4 de la Convención Americana en 65 de sus 141 sentencias de fondo.[4]

---

1 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 124; Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párrs. 82 y 83; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 150, 151 y 152; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 119 y 120; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr.161; Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

2 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 156. Ver también: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op.cit.*, párr. 152; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 110; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op.cit.*, párr. 144.

3 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op.cit.*, párr. 144.

4 Las sentencias emitidas por la Corte IDH son: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras; Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam; Caso El Amparo vs. Venezuela; Caso Neira Alegría y otros vs. Perú;*

A continuación, en primer lugar, se harán unas breves consideraciones sobre el sujeto pasivo (víctimas) y el sujeto activo (Estado) de las violaciones al derecho a la vida. Posteriormente, se abordarán las obligaciones internacionales de los Estados con relación al derecho a la vida; y luego, se elaborarán algunas consideraciones sobre: (i) la prohibición de la pena de muerte; (ii) las ejecuciones extrajudiciales y el uso desproporcionado de la fuerza; (ii) las desapariciones forzadas; (iv) la protección de la vida en el contexto de las cárceles; (v) el concepto de vida digna; y por último, (vi) la relación del derecho a la vida con el artículo 26 de la Convención.

1. El sujeto pasivo

El artículo 4 de la Convención Americana reconoce el derecho de toda persona "a que se respete su vida" y en consecuencia, "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". El titular de este derecho es "toda persona", entendiendo por tal, a "todo ser humano".[5] Este reconocimiento respecto a toda persona está a su vez reforzado, por la cláusula general de no discriminación, contenida en el artículo 1 de la Convención Americana.

A diferencia del artículo 6 del PIDCP y el artículo 2 del CEDH, la Convención Americana introduce en el reconocimiento del derecho a la vida, una referencia a la protección "en general, a partir del momento de la concepción" La Corte Interamericana no ha decidido ningún caso en relación a cuando comienza la protección del derecho a la vida. La Comisión Interamericana en el *caso Baby Boy vs. Estados Unidos*[6] del año 1981, luego de hacer brevemente un recuento sobre los motivos que prevalecieron en la Conferencia Especializada de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida[7] en la Convención, estableció que:

> […] En consecuencia, el (sic) Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia; Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina; Caso Castillo Páez vs. Perú; Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala; Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador; Caso del Caracazo vs. Venezuela; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala; Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia; Caso Durand y Ugarte vs. Perú; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala; Caso Barrios Altos vs. Perú; Caso Las Palmeras vs. Colombia; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras; Caso Bulacio vs. Argentina; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala; Caso Molina Theissen vs. Guatemala; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay; Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala; Caso Huilca Tecse vs. Perú; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia; Caso Gómez Palomino vs. Perú; Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay; Caso Baldeón García vs. Perú; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile; Caso Servellón García y otros vs. Honduras; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay; Caso Vargas Areco vs. Paraguay; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú; Caso La Cantuta vs. Perú; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia; Caso Escué Zapata vs. Colombia; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú; Caso Boyce y otros vs. Barbados; Caso Tiu Tojín vs. Guatemala; Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia; Caso Kawas Fernández vs. Honduras; Caso Anzualdo Castro vs. Perú; Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela; Caso Radilla Pacheco vs. México; Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil; Caso Gelman vs. Uruguay; Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador; Caso Contreras y otros vs. El Salvador; y Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana.

5 Artículo 1.2, Convención Americana.

6 CIDH. Resolución No. 23/81, Caso 2141 (Estados Unidos de América), 6 de marzo de 1981. Aunque los Estados Unidos de América no son aun Estado Parte de la Convención Americana, el derecho a la vida se encuentra también reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. I), adoptada en 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia.

7 Ver también Medina, Cecilia, *La Convención Americana; Vida, Integridad personal, Libertad personal, Debido proceso y Recurso Judicial,* Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 69 y ss.

> desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.[8]

La Comisión Interamericana agregó que:

> Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". *Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción" (Anuario, 1968, p. 321).*[9] (Énfasis añadido).

Como lo afirma Cecilia Medina "se desprende de la historia del tratado que la expresión ´en general´, fue agregada al texto original con el preciso fin de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, y que la propuesta de suprimirla no fue aceptada".[10]

Como consecuencia, bajo la Convención Americana el sujeto pasivo del derecho a la vida es *toda persona*, es decir, *todo ser humano*; y la obligación de su protección comienza "en general, a partir del momento de la concepción", sin que la Corte Interamericana se haya pronunciado hasta ahora, en concreto, respecto al derecho interno de los países que autorizan la interrupción voluntaria del embarazo o aborto.

2. El sujeto activo

La contrapartida del derecho de toda persona a la vida, es la obligación internacional de los Estados de respetarlo, garantizarlo y protegerlo. En consecuencia, el incumplimiento de esa obligación por la acción u omisión del Estado, genera su responsabilidad internacional. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía del Estado, es evidente que el perpetrador común de la violación al derecho a la vida, en el marco de las obligaciones previstas en el artículo 1.1 de la Convención, son los agentes y cuerpos del mismo Estado, cuando privan arbitrariamente de la vida a una persona.

No obstante, deben hacerse una serie de consideraciones en cuanto a cuándo las conductas de los agentes del Estado pueden constituir violaciones al derecho a la vida y, en consecuencia, cuándo pueden acarrear la responsabilidad internacional del propio Estado. En este sentido, en el *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia,* en su sentencia de fondo,[11] la Corte Interamericana reiteró que la responsabilidad internacional de los Estados ocurre con independencia de la jerarquía del órgano transgresor, del grado de culpabilidad de la persona perpetradora, e incluso no requiere a estos efectos la identificación individual del agente transgresor.[12] En este sentido, la Corte Interamericana estableció que:

> […] el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en "actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana", y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o

8 CIDH. Resolución No. 23/81, Caso 2141, párr. 20 (H).
9 CIDH. Resolución No. 23/81, Caso 2141, párr. 25.
10 Medina, Cecilia, *op. cit.*, p. 71.
11 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
12 *Ibidem*, párr. 110.

> su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.[13]

Pero además se configura la responsabilidad del Estado, no sólo por la actuación directa de sus agentes, sino cuando han actuado terceros (particulares) con el apoyo, tolerancia u omisión del propio Estado:

> Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.[14]

Aunado a ello, en la citada sentencia la Corte reafirmó que la responsabilidad internacional del Estado incluso puede derivarse de conductas realizadas por particulares, en la medida que se encuentren en posición de *garantes* con relación a dichas obligaciones:

> Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.[15]

En todo caso, conforme a la naturaleza de la responsabilidad internacional del Estado, ésta se genera cuando el Estado previamente no ha reparado las violaciones ocurridas por sus propios medios.[16]

Por consiguiente el Estado es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la vida de las personas, en términos generales, cuando el Estado no cumple con sus obligaciones de garantizar y respetar dicho derecho convencional; y en concreto, por: (i) los *actos u omisiones* de *cualquier poder u órgano* del Estado cometidos directamente por sus *agentes*; y (ii) por las *conductas de terceros*, cuando ha ocurrido el *apoyo*, *la tolerancia* o la *omisión* del Estado o cuando el Estado se encuentren en posición de *garante* con relación a dichas obligaciones.

II. Las obligaciones internacionales de los Estados

Las Corte Interamericana en su reciente jurisprudencia del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*[17] recordó las obligaciones que tienen los Estados en relación al derecho a la vida, afirmando que éstas son tanto de carácter negativo como de carácter positivo, en los siguientes términos:

> [...] los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho y, en particular, el deber de impedir que sus agentes

[13] *Ibid*. Ver también: Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 71; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.* Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 142; Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 141. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 41 y Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 75.

[14] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 110.

[15] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op.cit.*, párr. 111.

[16] *Ibidem*, párr. 113.

[17] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

> atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva),[18] conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.[19]

Como ha establecido la Corte Interamericana, la protección del derecho a la vida no se limita formalmente a "[ ] sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía y a sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad".[20]

Esa posición fundamental del derecho a la vida no se circunscribe entonces a la sola limitación de la prohibición de privar arbitrariamente de la vida a una persona, sino que se extiende a las obligaciones positivas de prevenir y garantizar las condiciones aptas y apropiadas de la vida del ser humano. Es importante destacar, que *lo que pretende la Convención es asegurar el efecto útil de este derecho*, insistiendo en que *el Estado no sólo debe crear las mencionadas condiciones necesarias adecuadas*, sino que éstas *deben ser aplicadas de una* forma efectiva. Al respecto, la Corte Interamericana ha afirmado que:

> En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*).[21]

Añade la Corte Interamericana que:

> En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares;[22] y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. De manera especial los Estados deben vigilar

---

[18] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *op.cit.*, párr. 144; Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas., Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 74; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 245.

[19] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *op.cit.*, párr. 186; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op.cit.*, párr.120; Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, *op.cit.*, párr. 74; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 125; Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 85; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 153.

[20] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Hondura*s. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 110 (Se cita sin las notas incorporadas en la Sentencia).

[21] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.* Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 64; Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú.* Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 83; Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 83 y Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 36.

[22] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, op.cit.*, párr. 66; Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*, *op.cit.*, párr. 85; y Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *op.cit.*, párr. 120.

> que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.[23]

El derecho a la vida, goza de una serie de prerrogativas adicionales para su reglamentación por parte del Estado. Más allá de que no admite regulación alguna de carácter restrictiva,[24] este es un derecho que se encuentra enmarcado en los derechos inderogables (orden público), de conformidad con el artículo 27.2 de la Convención”,*como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”*.[25]

Esto implica que el derecho a la vida no pueda ser restringido ni suspendido ni siquiera en estados de excepción; y que su regulación deberá hacerse mediante ley, con los más estrictos parámetros de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, además de atendiendo a los principios de progresividad, no discriminación, y de justicia para el caso en concreto, particularmente las contenidas en el derecho internacional humanitario. Estas son precisamente las consecuencias del derecho a la vida como un derecho indispensable para la existencia de los demás derechos convencionales, y que por tanto, restricciones arbitrarias a este derecho afectarán de manera arbitrarias a los demás derechos.

En términos generales, el Estado tiene la obligación de *proteger* el derecho a la vida a todas las personas bajo su jurisdicción, la cual se concreta en las obligaciones de respeto, garantía y protección que veremos a continuación.

1. La obligación de prevención

En el *Caso Juan Humberto Sánchez*, la Corte Interamericana estableció que:

> dentro de los mecanismos de prevención de violaciones al derecho a la vida, el Estado debe establecer procedimientos efectivos para investigar seriamente y a profundidad las circunstancias en las que podría darse una violación del derecho a la vida.[26] En este sentido, el Principio Cuarto de los Principios sobre la Efectiva Prevención e Investigación de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas dispone que se deberá garantizar protección efectiva mediante recursos judiciales o de otra índole a las personas que se encuentren en peligro de ser ejecutados extrajudicial, arbitraria o sumariamente.[27]

Esta obligación de prevención de las violaciones al derecho a la vida, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha sido considerada como:

> El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que,

[23] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, op.cit.*, 66.

[24] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 186; Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.* Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 63; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 78.

[25] Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 82; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 150.

[26] Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 4.

[27] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 133. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que este deber de prevención se refuerza en aquéllos casos en los cuales el Estado se encuentra en una posición de garante frente a la víctima, como ocurre, por ejemplo, cuando está se encuentra detenida. Ver, al respecto, el *caso Gangaram Panday vs. Surinam*, en el cual se alegó la responsabilidad del Estado por el suicidio de una persona detenida.

como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales,[28]

En consecuencia, la impunidad en materia de violaciones al derecho a la vida configura en sí una violación a la obligación de prevención por parte del Estado.[29]

2. La obligación de investigación y sanción

Cuando ocurre una violación del derecho a la vida de una persona, como es el caso de las ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana ha señalado que "es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables".[30] De lo contrario, ha dicho la Corte Interamericana, "se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida".[31]

La Corte Interamericana ha precisado que "una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho".[32] La Corte Interamericana ha establecido, asimismo, que como consecuencia de la obligación de garantizar, la obligación de investigar "debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa".[33] Cuando el Estado incumple con este deber, auxilia, en cierto modo, a los autores de la violación, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado.[34] De tal manera, la obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central para determinar la responsabilidad estatal en un caso concreto.[35]

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha establecido que el Estado incurre en responsabilidad cuando, aún sin haber violado directamente los derechos, no efectúa una investigación seria de la privación del derecho a la vida, por un órgano independiente e imparcial.[36]

3. La obligación de reparación integral

Ante la violación al derecho a la vida, la reparación habitual exigible al Estado es la indemnización monetaria a sus familiares, incluyendo no sólo el daño emergente y el lucro cesante (incalculables en muchos casos en lo que refiere al derecho a la vida), sino también teniendo en cuenta el *proyecto de vida* de la persona cuya vida fue arbitrariamente despojada, tal como lo veremos más adelante.

Ahora bien, en algunos casos particulares, pueden resultar indispensables otros tipos de reparaciones complementarias a favor de las víctimas y sus familiares. En el *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, su sentencia de reparaciones, incluye como modalidades de reparaciones: (1) la consagración de delitos (en este caso la desaparición forzosa), dentro del ordenamiento jurídico penal del Estado,[37] (2) combatir la

---

[28] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 175.

[29] Sobre obligación de prevención, véase también el comentario al artículo 1 de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Carlos María Pelayo Möller en esta obra.

[30] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 156.

[31] *Ibid.*

[32] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 117.

[33] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 61; Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 112; y Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.* Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 144.

[34] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 177.

[35] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 137.

[36] CIDH. Informe Nº 32/04, Caso 11.556. Fondo. *Corumbiara vs. Brasil*. 11 de marzo de 2004, párr. 167.

[37] Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 98.

impunidad e investigar, identificar y sancionar a los responsables de los hechos que constituyen violación al derecho a la vida,[38] y (3) ubicar los restos mortales de la persona víctima de la privación de la vida.[39]

En *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, igualmente la sentencia de reparaciones, en el marco de la violación sistemática al derecho a la vida del grupo de personas integrantes de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, se plasmó como modalidad de reparaciones la elaboración de un plan de exhumaciones, aunado a que en el caso de Efraín Bámaca Velásquez, la exhumación fuere realizada sin costo alguno para los familiares, y con el fin de que se le diera sepultura conforme a las costumbres y tradiciones de la comunidad indígena a la que pertenecía.

Como consecuencia, las obligaciones del Estado con relación al derecho a la vida derivan en esencia del artículo 1.1 de la Convención, aplicables a todos los derechos reconocidos en la Convención, obligaciones referidas al respeto y la garantía, y específicamente, las de prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente cualquier violación cometida por sus agentes o por terceros actuando bajo la aquiescencia del Estado.

III. Consideraciones sobre la pena de muerte

El artículo 4 de la Convención regula las restricciones a la pena de muerte en 5 de sus 6 numerales, permitiendo excepcionalmente la aplicación de este tipo de pena a los Estados que para ese momento no la habían abolido. En términos generales, la propia Convención como veremos, contiene un propósito abolicionista que se desarrolló en la jurisprudencia y se concretó en su Protocolo posterior.[40] Para la Corte Interamericana, "[e]l asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual 'toda persona tiene derecho a que se respete su vida' y por un principio procesal según el cual 'nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente'.[41]

La regulación sobre la pena de muerte demuestra la falta de consenso entre los Estados que participaron en la redacción del mismo en la abolición por completo de la pena de muerte, sin embargo, de la lectura de los mismos, se evidencia el sesgo abolicionista de la consagración y la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte, ya que según el artículo 4 numeral 2 "tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente" y, según el artículo 4 numeral 3 "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido".

De acuerdo a la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 3/83 sobre la Restricción a la Pena de Muerte[42] "[e]n esta materia la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final".[43]

De acuerdo con este artículo, la Corte Interamericana ha agrupado en tres categorías las limitaciones para la aplicación de la pena de muerte en los países donde todavía está vigente: (i) la aplicación de la pena está sujeta a ciertas reglas procesales", cuyo respecto debe vigilarse y exigirse de modo estricto"; (ii) sólo debe aplicarse a los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos; y (iii) debe tomarse en cuenta ciertas consideraciones propias de la persona del reo.[44]

[38] Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 111.
[39] *Ibidem*, párr. 114.
[40] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Adoptado el 8 de junio de 1990 y entró en vigor el 28 de agosto de 1991.
[41] Corte IDH, *op. cit.*, párr. 53.
[42] Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.
[43] *Ibidem*, párr. 57.
[44] *Ibidem*, párr. 55.

1. Limitación procesal: cumplimiento estricto de las garantías judiciales

El numeral 2 del artículo 4, establece que "en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse (...), en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito". Tal disposición supone todas las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana, pero refuerza algunas garantías, como lo son: (i) ser juzgado por un tribunal competente, (ii) no aplicación retroactiva de la ley; y (iii) una sentencia firme. Sin embargo, la Corte Interamericana, en una Opinión Consultiva relativa al derecho de Información sobre la Asistencia Consular en un proceso que puede llevar a la aplicación de pena de muerte,[45] afirmó que "[s]iendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida".[46] Este es el test conocido como de "alto escrutinio" (*high scrutiny*).

A este respecto, la Comisión ha especificado que en los procesos que pueden culminar en aplicación de la pena capital se hacen necesarias las garantías fundamentales del debido proceso. Estos requisitos sustantivos básicos incluyen, el derecho a no ser condenado por acto u omisión alguno que no haya constituido un delito penal, de acuerdo con el derecho nacional o internacional, en el momento en que fue cometido, y el derecho a no ser sometido a una pena más rigurosa que la aplicable en el momento en que se cometió el delito. También incluyen protecciones procesales fundamentales del debido proceso, incluido el derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad de acuerdo con la ley, el derecho a la notificación previa de los cargos; el derecho a un tiempo y medios adecuados para preparar la defensa; el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por ley; el derecho del acusado a defenderse personalmente o con la asistencia de un asesor letrado de su propia elección y a comunicarse libre y privadamente con su asesor, y el derecho a no ser obligado a atestiguar en su contra ni a declararse culpable.[47]

2. El ámbito reducido de aplicación: los delitos más graves, no conexos con delitos políticos

La Corte Interamericana no se ha pronunciado en detalle sobre cuándo se está en presencia de "uno de los delitos más graves". Sin embargo, en el caso *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* la Corte afirmó que "al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, 'se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte'".[48]

Adicionalmente, agrega que "[u]na de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4.1 de la Convención, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, ésta se utiliza para castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad".[49]

---

[45] Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

[46] *Ibidem*, párr. 136.

[47] Véase también CIDH, Informe Nº 52/01, Caso 12.243, Juan Raul Garza vs. Estados Unidos. 4 de abril de 2001, párr. 101.

[48] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 115. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció que la condena obligatoria a la pena de muerte constituyó una violación de las garantías del debido proceso de la Enmienda XIV y del derecho a no ser sometido a un tratamiento cruel o inusual de la Enmienda VIII, en relación con la Constitución de Estados Unidos de América. Allí, la Corte también indicó que la imposición de la pena de muerte generalmente requiere una consideración de los aspectos relevantes del carácter del acusado y las circunstancias del delito particular. *Cfr*. Woodson vs. North Carolina, 428 US 280, 304 (1976).

[49] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 106.

Tampoco se ha definido aun por la jurisprudencia de la Corte, cuando se está en presencia de un *delito político* o de uno conexo a este. No obstante, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 3/83 solicitada por Guatemala, en relación a la reserva realizada al artículo 4, concluyó reiterando que “Que el artículo 4.4 de la Convención, proscribe la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos y a los comunes conexos con los políticos, aun si ya la tuvieren prevista con anterioridad”.[50]

3. Consideraciones propias del reo

El numeral 5 del artículo 4 establece que no se podrán aplicar la pena cuando estén presentes las siguientes condiciones personales del reo: (i) menores de 18 años; (ii) más de 70 años; y por último, (iii) mujeres embarazadas.

En relación a la minoría de edad, la Comisión Interamericana en un informe de fondo de 2001, afirmó que “las evidencias descritas anteriormente ilustran claramente que, al persistir en la práctica de ejecutar a delincuentes menores de 18 años, Estados Unidos se singulariza entre las naciones del mundo desarrollado tradicional y en el sistema interamericano, y ha quedado cada vez más aislado en la comunidad mundial. Las pruebas abrumadoras de la práctica mundial de los Estados ilustra la congruencia y generalización entre los Estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito”.[51]

IV. Consideraciones sobre las ejecuciones extrajudiciales y el uso de la fuerza

El artículo 4 de la Convención claramente prohíbe la privación arbitraria a la vida, lo cual puede contraponerse a la privación “legal” de la vida, como podrían ser determinados casos autorizados por el derecho internacional humanitario en situaciones extremas de combate y ante blancos militares justificados, o como resultado del uso excepcional, necesario, razonable, proporcional y justificado de la fuerza por los agentes del orden público para salvar la vida de otras personas.

Es evidente que todos los demás casos estamos ante privaciones arbitrarias de la vida, como es el caso de la ejecución extrajudicial prohibida por la Convención, la cual generara la responsabilidad internacional del Estado tanto por el incumplimiento de su obligación de no hacer (no ejecutar arbitrariamente), o por el incumplimiento de sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar en caso de existir una ejecución extrajudicial.

Justamente con relación a la obligación de investigar, en materia de ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana en el *Caso* de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* identificó *estándares especiales para la realización de dicha investigación*, fundada en el *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas*. En este sentido, la investigación debe conducir hacia: (i) identificar a la víctima; (ii) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte de la víctima; (iii) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; (iv) identificar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, al igual que la existencia de algún patrón que pueda haberla causado, (v) distinguir los casos de muerte natural, accidental, suicidio y homicidio, y (vi) investigar exhaustivamente la escena del crimen, realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más adecuados.[52]

---

[50] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, opinión 2.

[51] CIDH. Informe N° 62/02, Caso 12.285. Fondo. Michael Domingues vs. Estados Unidos. 22 de octubre de 2002, párr. 85.

[52] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 149 y Corte

La Corte Interamericana además dispuso en la mencionada sentencia que, dicha investigación debe ser iniciada de oficio y sin dilación, debe ser seria, imparcial y efectiva; debe permitir la participación y el derecho a ser oído de las víctimas a violaciones de derechos humanos y los familiares durante todas las etapas del proceso (investigación, sanción y en la búsqueda de la compensación).[53] Esto no implica que la obligación de investigar recae en las víctimas, sino todo lo contrario, pues la carga de encontrar la verdad es siempre del Estado.[54] Añade la sentencia del *Caso Mapiripán*, refiriéndose al mencionado caso, que:

> En este caso, algunos de los imputados han sido juzgados y condenados en ausencia. Además, la reducida participación de los familiares en los procesos penales, ya sea como parte civil o como testigos, es consecuencia de las amenazas sufridas durante y después de la masacre, la situación de desplazamiento que enfrentaron y el temor a participar en dichos procesos. Por tanto, mal podría sostenerse que en un caso como el presente deba considerarse la actividad procesal del interesado como un criterio determinante para definir la razonabilidad del plazo.[55]

En cuanto al *uso de la fuerza por fuerzas policiales del Estado*, hay que tener en cuenta como premisa fundamental, que desde el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, se dispuso que "*[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico*".[56]

Ahora bien, posteriormente en la sentencia al *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, desarrolló los supuestos a los que debe atender el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado:

> 1. Excepcional, planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades, de tal forma que sea el último recurso, cuando se hayan agotado y fracasado los demás medios de control.
>
> 2. Se debe prohibir como regla general el uso de la fuerza letal y las armas de fuego, y su uso debe estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, de tal forma que no exceda al absolutamente necesario.
>
> 3. Debe ser proporcional y necesario, y debe atender al principio de humanidad.
>
> 4. Se requiere que la legislación interna establezca las pautas para la utilización de la fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes del Estado
>
> 5. Que en caso del uso de las armas de fuego con consecuencias letales, debe iniciarse una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva sobre ella.[57]

De igual forma, la Corte se ha referido a los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer cumplir la ley*, disponiéndose que:

> las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de "defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr

---

IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párrs 127 y 132.

53 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op. cit.*, párr. 219.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

56 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 162; Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75; y Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.* Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 70.

57 Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 49.

> dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida".[58]

En este sentido, respecto a la prohibición y la excepcionalidad del uso de la fuerza letal por parte de los agentes del Estado, en el *caso Montero Aranguen y otros (Retén de Catia)*[59] la Corte Interamericana afirmó:

> El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.[60] (...) En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el absolutamente necesario en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler.[61] Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria".[62]

En consecuencia, el Estado debe garantizar que sus agentes no hagan un uso arbitrario de la fuerza de manera que pueda comprometer su responsabilidad internacional por violación del derecho a la vida de las personas; por lo cual, en el caso de que una violación ocurra, ya sea por órganos del Estado o por terceros, debe siempre proceder a investigar, sancionar, y en su caso, reparar integralmente a los familiares de la víctima.

V. Consideraciones sobre desapariciones forzadas

En relación a las desapariciones forzadas de personas como hechos constitutivos de una violación al artículo 4 de la Convención, la Corte Interamericana, desde su primera jurisprudencia hasta su más reciente, ha tratado a ésta como una violación de carácter *pluriofensiva*, de tal forma que genera la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la vida, la integridad personal (artículo 5 de la Convención), la libertad personal (artículo 7 de la Convención) y el derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención).[63] La Corte Interamericana ha afirmado al respecto que:

> La desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando

---

[58] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.* Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 69.

[59] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.* Sentencia de 5 de julio de 2006. Igualmente la Corte IDH ha señalado el deber del Estado de limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Montero Aranguren,* Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Párr. 78.

[60] *Ibidem*, párr. 67, citando: *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II.* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte de 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto, e *Internado Judicial de Monagas (La Pica).* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte de 9 de febrero de 2006, considerando décimo séptimo.

[61] *Ibidem*, párr. 68, citando: ECHR, Case of Erdogan and Others vs. Turkey. Judgment of 25 April 2006. Application No. 19807/92, para. 67; ECHR, Case of Kakoulli vs. Turkey. Judgment of 22 November 2005. Application No. 38595/97, para. 107-108; ECHR, Case of McCann and Others vs. the United Kingdom. Judgment of 27 September 1995. Series A No. 324, paras. 148-150 and 194; Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, artículo 3.

[62] *Ibidem*, párr. 67 y 68.

[63] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 77; Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 63; y Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 63.

> otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.[64]

La Corte Interamericana añade, a tales efectos, que:

> En lo que se refiere al artículo 4 de la Convención Americana, la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida. Además, el Tribunal ha establecido que la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención.[65]

Se ha considerado que la prohibición de desaparición forzada ha obtenido el rango de *ius cogens* siendo una prohibición inderogable salvo por otra norma del mismo rango, *"e implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"*.[66] En este sentido debemos tomar en cuenta la obligación de los Estados partes de tipificar legalmente el delito de desaparición forzada conforme a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,[67] el cual consiste:

> ARTÍCULO II
>
> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En este sentido, la Corte en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil,*[68] dispuso sobre la desaparición forzada

> […] en el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad. De conformidad con todo lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando

---

64 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 73; Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op.cit.*, párr. 59; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 139; y Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, op. cit.*, párr. 59.

65 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 185.

66 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 74; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84; y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 86.

67 Adoptada en Brasil en 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

68 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

> otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.[69]

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente en su reciente sentencia al *Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana,* se reafirmaron como elementos configuradores del delito de desaparición forzada: 1) la privación de libertad, 2) la intervención o aquiescencia de agentes estatales, y 3) la negativa de reconocer la detención y de revelar el paradero del interesado.[70] Se añade que se perpetúa la existencia de la desaparición forzosa hasta tanto se conozca del paradero del desaparecido, y se determina su identidad con certeza,[71] y que su análisis debe ser realizado de forma integral. Afirma la Corte que:

> El fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere ser analizado desde una perspectiva integral en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención. De este modo, el análisis legal de la desaparición forzada debe ser consecuente con la violación compleja de derechos humanos que ésta conlleva.[72]

La prohibición de desaparición forzosa impone consigo igualmente obligaciones positivas a los Estados. En el caso *Gelman vs. Uruguay,* se dispone que esta obligación incluye "*todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos*".[73] En este sentido, aduce la sentencia que la mera existencia de centro clandestino de detención configura en sí mismo una violación al deber de garantía de protección contra las desapariciones forzosas.[74]

En cuanto a la obligación de investigar este delito, la Corte Interamericana ha destacado características que debe cumplir ésta, a saber (1) que sea de oficio, (2) sin dilación, (3) seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles, y (4) orientada a identificar el paradero de la víctima, la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los perpetradores.[75] Se advierte además que esta obligación se mantiene independientemente del agente al que se le pueda atribuir la violación, incluso particulares.[76] Este deber subsistirá hasta tanto se determine la suerte final de la persona desaparecida "*pues el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance*".[77]

Creemos pertinente señalar además algunas consideraciones sobre la prueba en materia de desapariciones forzosas. La desaparición forzosa, por su propia naturaleza, requiere de un estándar probatorio propio para que se declare su violación. De lo contrario, su prueba plena sería prácticamente imposible en la mayoría de los casos. La Corte Interamericana, ha afirmado, que *no es necesaria* la prueba *más allá de toda duda razonable*, sino que "*es suficiente demostrar que se han verificado acciones y omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste*".[78] Además la Corte estimó:

---

69 *Ibidem*, párr. 86.

70 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 128; Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97 y Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 95.

71 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 72.

72 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 129.

73 *Ibidem*, párr. 77 y Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, , op. cit.*, párr. 175.

74 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 77.

75 *Ibidem*, párr. 204.

76 *Ibidem*, párr. 206.

77 *Ibidem*, párr. 209.

78 *Ibidem*, párr. 133.

> pertinente recordar que es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre desaparición forzada, ya que ésta forma de violación se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar la detención, el paradero y la suerte de las víctimas.[79]

Por consiguiente, existe una violación al artículo 4 que reconoce el derecho a la vida, cuando se está en presencia de una desaparición forzosa. El Estado debe no sólo evitar que tales violaciones sean cometidas dentro de su Estado, sino también debe crear las condiciones necesarias para que se promueva la salvaguarda de los derechos humanos.

VI. El contexto de las cárceles

Mención especial requieren las obligaciones del Estado en cuanto al derecho a la vida de las personas privadas de libertad. Las personas privadas de libertad son una categoría de personas con respecto a las cuales el Estado tiene una posición especial de garante en la tutela de sus derechos humanos. Se trata de personas que están directamente bajo la custodia del Estado en establecimientos bajo la guardia y responsabilidad inmediata de éste. Si bien este análisis también corresponde a los aspectos relacionados al tratamiento de reclusos y las condiciones de detención, vinculados con el artículo 5 de la Convención Americana (integridad personal), deben hacerse consideraciones sobre el derecho a la vida de las personas privadas de libertad.

La Corte Interamericana en el *Caso* de *Neira Alegría vs. Perú*, vinculó al derecho a la vida con el uso proporcional de la fuerza en aras de garantizar la seguridad dentro del recinto penitenciario. En ese caso, la Corte Interamericana reconoció que en casos excepcionales y bajo ciertas circunstancias especiales, el uso de la fuerza para mantener el orden, incluso si implica la privación de la vida, puede ser conforme a la Convención, y no genera responsabilidad del Estado.[80] No obstante, de inmediato aclara la sentencia que dichas medidas deben ser proporcionales, y que:

> la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso […], lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.[81]

Igualmente en el *Caso Durand y Ugarte vs. Perú* se declaró la violación del derecho a la vida igualmente por el uso desproporcionado de la fuerza en perjuicio de los reos, haciendo suyo un criterio previo desarrollado en las sentencias de *Godínez Cruz vs. Honduras* y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, afirmando que independientemente de los delitos cometidos o su grado de culpabilidad, “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.[82]

---

[79] *Ibidem*, párr. 134.

[80] Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 74.

[81] *Ibid.*

[82] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Serie C No. 68) párr. 69; Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Serie C No. 5) párr. 262; y Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 154.

Por último, la Corte Interamericana añade, a tales efectos, estableció que:

> Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles[83] (…). Sin embargo, el Estado no puede desbordar el uso de la fuerza con consecuencias letales para los internos en centros penitenciarios justificándose en la sola existencia de la situación antes descrita. Lo contrario sería absolver al Estado de su deber de adoptar acciones de prevención y de su responsabilidad en la creación de esas condiciones.[84]

Como podemos ver, la Corte Interamericana toma en cuenta la posición de garante del Estado en relación a las personas privadas de libertad, la cual no sólo obliga al Estado a usar proporcionalmente la fuerza en casos donde sea estrictamente necesaria, sino también afirma que el Estado debe adoptar medidas de prevención y crear condiciones para evitar el uso de la fuerza.

VII. El concepto de vida digna

La Corte Interamericana en distintas ocasiones, no se ha limitado a afirmar que el derecho a la vida se viola con la privación arbitraria de la vida. Tal como se expuso previamente, el artículo 4 de la Convención extiende el derecho a la vida a una obligación positiva, de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de dicho derecho.

Pues bien, la Corte Interamericana en el *Caso* de la *Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, ha reconocido el derecho a la *vida digna*, o a la existencia digna, como la obligación de garantizar condiciones mínimas de vida a favor de las personas. En este sentido, la Corte afirmó que:

> En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.[85]

Dicha obligación tampoco se extiende a casos irrazonables. La Corte Interamericana, en el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*, afirmó que:

> Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.[86]

En este sentido, entonces, son requisitos para que opere la obligación de garantizar una *vida digna* a favor de una población específica, que: (1) exista conocimiento o que deban tener conocimiento sobre el riesgo existente a la vida de una persona; y (2) que no se hayan tomado las medidas necesarias y

[83] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 70., citando: *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II, supra nota 128, considerando décimo quinto; Internado Judicial de Monagas (La Pica),* considerando décimo séptimo, y Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros*, *op. cit.*, párr. 75.

[84] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 70.

[85] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 153.

[86] Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 186.

razonables para prevenir el riesgo. Todo esto valorado teniendo en cuenta que en este supuesto la vida es una obligación de medio y no de resultado.

Es pertinente señalar que esta obligación tan sólo ha sido reconocida por la Corte Interamericana en casos relativos a poblaciones vulnerables: (i) las comunidades indígenas (*Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Yakye Axa vs. Paraguay, Xákmok Kásek vs. Paraguay);* (ii) los menores de edad (*Villagrán Morales vs. Guatemala);*[87] y (iii) los privados de libertad (*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay).*

VIII. La relación del derecho a la vida con el artículo 26 de la CADH

En el marco de la obligación a garantizar la vida digna, la Corte Interamericana ha reconocido la vinculación del derecho a la vida con la obligación de *desarrollo progresivo* reconocida en la Convención.[88]

En el caso de la comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, se afirmó que:

> Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana[89] y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.
>
> En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma,y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT.[90]

Así, en dicho caso, se vinculó el derecho a la vida digna con relación al artículo 26 de la Convención, extendiéndose la tutela del derecho a la vida incluyendo entonces dentro de su espectro derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos expresamente en el Protocolo de San Salvador[91] a la Convención Americana.

---

[87] Sobre obligación del Estado de garantizar vida digna a menores de edad, véase también el comentario al artículo 19 de Mary Beloff en esta obra.

[88] Sobre derecho a desarrollo progresivo, véase también el comentario al artículo 26 de Christian Courtis en esta misma obra.

[89] Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 159.

[90] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 162 a 163.

[91] Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

En cuanto a personas privadas de libertad, la Corte Interamericana, en el *Caso Vera Vera vs. Panamá,* reconoció el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida, asegurando que:

> Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera.[92]

Como consecuencia, parece existir una tendencia a enmarcar el concepto de una vida digna, en los criterios que se derivan de vincular el artículo 4 con el 26 de la Convención, aplicables, al menos hasta la fecha, en cuanto se refiere a grupos vulnerables, y atendiendo a la existencia de los requisitos referidos en el capitulo anterior.

IX. El proyecto de vida

La Corte Interamericana, aun en los casos en que no ha ocurrido una ejecución arbitraria o una desaparición forzada de personas, atendiendo a un concepto de realización personal de la víctima, ha desarrollado la figura del "*proyecto de vida*", que *"le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".*[93]

En el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú,* en su sentencia de reparaciones, dispuso la Corte Interamericana, una aceptación limitada del proyecto de vida, en este sentido:

> En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el "daño al proyecto de vida", entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.[94]

Este proyecto de vida no se cuantifica a raíz de los hechos sobre los cuales se tiene certeza, sino sobre aquellos probables dentro del normal desarrollo del individuo, y cuyo desenvolvimiento fue drásticamente modificado a raíz del hecho constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado, modificando "*los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito*".[95] No obstante, en cuanto a la reparación autónoma del proyecto de vida de las víctimas, la Corte aún no ha establecido la procedencia de su especificidad como una indemnización diferente o complementaria al resto de las reparaciones que forman parte del concepto de la "reparación integral", sino que las ha considerado incluidas en ésta.[96]

---

[92] Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.

[93] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 147.

[94] *Ibidem,* párr. 150.

[95] *Ibidem*, párr. 149.

[96] *Ibidem*, párrs. 153 y 154. Es importante señalar que en su más reciente jurisprudencia la Corte IDH ha dejado de emplear el concepto del proyecto de vida debido a las complejidades conlleva su implememntación.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Surinam*. Sentencia de reparaciones de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de fondo de 24 de Enero de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. *Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de Noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador. S*entencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Corte IDH. *Caso Ceasar vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Corte IDH. *Caso Goiburú vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C Nº 153.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso Penal Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. *Caso Ríos vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. *Caso Perozo vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009,. Serie C No. 195.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras.* Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otras vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C Nº 217.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

Sentencias sobre medidas provisionales

Caso el Internado Judicial de Monagas ("La Pica"). Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004.

Caso de las Penitenciarias de Mendoza. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005.

Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005.

Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006.

Caso Asunto del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana). Medidas Provisionales. Resolución de 02 de febrero de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. Caso Irlanda vs. Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978, A 25.

TEDH. Caso Tyrer vs. United Kingdom, Sentencia de 25 de abril de 1978.

TEDH. Caso Aydin vs. Turquía, Sentencia de 25 de septiembre de 1997.

TEDH. Caso Kilic vs.Turkey, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

TEDH. Caso I.I vs. Bulgaria, Sentencia de 9 Junio 2005. Denuncia No. 44082/98.

TEDH. Caso Poltoratskiy vs. Ukraine, Sentencia de 29 Abril 2003. Denuncia No. 38812/97.

Artículos y publicaciones académicos

SCHWELB, Egon. *Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Commissionn*, en: *The American Journal of International Law*, Vol 61, 1967, pp. 946 a 975.

MC GOLDRICK, Dominic. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press – Oxford, 1994.

VAN DIJK, Pieter y VAN HOOF, Godefridus J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, 3a. Edición, 1998.

RODLEY, Nigel. *The treatment of prisoners Under International law,* Oxford University Press, 2002, 2ª. Edición, pp. 75 a 106.

MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos 2003.

LANGBEIN, John. *The legal history of torture*. En: SANFORD, Levinson, *Torture. A Collection,* 1a. edición, Oxford University Press, 2004.

VAN DIJK, Pieter y VAN HOOF, Godefridus J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,* SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, Cuarta Edición, 2006

CEBADA ROMERO, Alicia. *Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos,* Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2002, *http://www.reei.org/reei4/reei.4.htm.*

NASH, Claudio. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007),* 2da. edición, Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

Índice

I. Introducción

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano. Uno de estos pilares es el derecho de toda persona a su integridad personal. Hoy esta parece ser una cuestión ampliamente reconocida y aceptada, pero esa no ha sido una constante en la historia. La actual perspectiva corresponde a un logro luego de un largo proceso de limitación del poder y, en particular, en su expresión más dramática, como es prohibir toda forma de la aplicación deliberada de tormentos a una persona que se encuentra sujeta a su jurisdicción. Dicho proceso ha evolucionado desde un uso constante de dichas prácticas como forma de sanción; pasando por un uso

regulado como forma de obtener confesiones que en sí fue un avance; a los intentos por controlar las formas en que se infligía sufrimiento deliberado a una persona en el proceso de inquisición, también como expresión de un medio de control de dichas prácticas; y, finalmente, las ideas de prohibición absoluta o abolicionistas, que son de reciente data.[1] En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición absoluta de la tortura es un imperativo moral y no admite un debate desde el punto de vista utilitarista, la Corte ha señalado:

> Este Tribunal ha indicado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.[2]

De esta forma, hoy el derecho a la integridad personal y, en particular, la prohibición de afectaciones ilegítimas al mismo se reconoce, acepta y protege. Señalo explícitamente que lo que se prohíbe es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no son necesariamente una violación del mismo, ya que serían afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros.[3]

En el marco de la regulación internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la integridad personal, surgen una serie de temas relevantes para su efectiva protección. Por una parte, nos encontramos con la necesidad de precisar correctamente qué es la integridad personal, cuáles son los actos que serán considerados prohibidos; las consecuencias de considerar la tortura como un acto prohibido y dicha prohibición calificarla como una norma ius cogens, tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental; las formas de violación de este derecho y las víctimas; situaciones que pueden ser analizadas desde la perspectiva de la integridad personal. Todos estos son los temas que ha ido desarrollando paulatinamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Para efectos de este comentario nos centraremos en algunos de ellos, que tienen especial impacto para el ejercicio de aplicación práctica de esta jurisprudencia en el ámbito nacional.

II. Derecho a la integridad personal

Al estar la integridad personal directamente vinculada con la dignidad humana, las formas de afectación son variadas y muchas de ellas no tan evidentes como lo son las formas más agravadas de violación de este derecho. Así lo ha entendido la Corte Interamericana que desde sus primeros casos estableció una visión amplia sobre este vínculo entre dignidad humana e integridad personal:

> La Corte da por probado con las declaraciones de los testigos presenciales, que el señor Castillo Páez, después de ser detenido por agentes de la Policía fue introducido en la maletera del vehículo oficial. Lo anterior constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción

[1] Langbein, John, *The legal history of torture*, En Sanford, Levinson, *Torture. A Collection*, 1a. edición, Oxford University Press, 2004.

[2] Corte IDH. *Caso Penal Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271.

[3] Van Dijk, Pieter y Van Hoof, Godefridus J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, 3a. Edición, 1998, pp. 316 a 317; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Mc Goldrick, Dominic, *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press – Oxford, 1994, p. 366; y en el sistema interamericano, ver Medina, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos 2003, pp. 154 a 155.

> por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.[4]

Recientemente, la Corte ha ampliado esta idea en la misma línea:

> La Corte ya ha establecido que "[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y por ende, incrementar el sufrimiento ya el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana.[5]

Ahora, una violación a la dignidad a través de la integridad personal puede adquirir diversas formas y con distintas entidades. Veremos que hay afectaciones a la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral y actos expresamente prohibidos. Además, en relación con este derecho se han desarrollado una serie de discusiones sobre su contenido y alcance (qué es integridad, qué es tortura, qué son otras formas de afectación del derecho, entre otras) y respecto de las obligaciones de garantía y no discriminación asociadas al mismo.

Respecto de las formas de afectación al derecho a la integridad personal, este puede ser afectado por distintos actos, los más graves son los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En general, los instrumentos internacionales se centran en la prohibición de estas últimas conductas y si bien no consagran explícitamente un derecho a la integridad personal (salvo en la CADH de 1969).[6] todos los actos prohibidos son formas de afectación de este derecho, que van desde algunas genéricas (actos o penas inhumanas, crueles o degradantes), hasta algunos muy específicos (actos de tortura). Es también un hecho que aquella forma de violación de la integridad personal que causa mayor rechazo es la tortura y por ello se justifica su prohibición absoluta.

Al comenzar el estudio sobre el contenido y alcance del derecho a la integridad personal lo primeros que se debe resolver son las diversas manifestaciones del derecho a la integridad personal. Este derecho no sólo dice relación con la integridad física, sino que también abarca otros aspectos como la psíquica y moral. En este sentido es importante destacar la visión integral de la persona humana que desarrollan los instrumentos de derechos humanos.

Un efecto muy importante de esta visión amplia del derecho a la integridad persona es la forma en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha tratado los derechos de los familiares de las víctimas de violaciones derechos a no ser sujetos a violaciones de su integridad psíquica. La Corte ha ido ampliando el alcance de este derecho, desde la idea de que ciertas violaciones de derechos humanos producían un impacto en la persona de los familiares de las víctimas (el ejemplo más claro de este razonamiento es el *Caso Aloeboetoe vs. Surinam*[7]) hasta una mirada más amplia en la que se considera que la forma en que el Estado trata a los familiares de víctimas de ciertas violaciones graves de derechos humanos (por ejemplo desaparición forzada de personas) los transforma en víctimas directas de una violación a su derecho a la integridad persona. Un buen ejemplo del razonamiento de la Corte en este sentido lo encontramos en el *Caso Kawas vs. Honduras*[8] donde este tribunal distingue dos categorías de personas

[4] Corte IDH. *Caso Castillo Páez. S*entencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr 66.
[5] Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 52.
[6] Medina, Cecilia, *op. cit*., p. 154 y ss.
[7] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Surinam. S*entencia de reparaciones de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.
[8] Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

cercanas a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que pueden ser consideradas, a su vez, como víctimas de la violación de su derecho a la integridad personal. En el párrafo 128 se contiene la primera categoría, correspondiente a los "familiares directos" de las víctimas, señalando la Corte:

> En varias oportunidades, la Corte Interamericana ha declarado la violación del derecho a la integridad personal de familiares de víctimas de ciertas violaciones de los derechos humanos u otras personas con vínculos estrechos con aquellas. Al respecto, en el *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* este Tribunal consideró que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción *iuris tantum* respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, compañeros y compañeras permanentes (en adelante "familiares directos"), siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso. En el caso de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción.

La segunda categoría está conformada por aquellas "personas que tienen un vínculo particularmente estrecho con la víctima" como lo señala la Corte:

> En los demás supuestos, el Tribunal deberá analizar si de la prueba que consta en el expediente se acredita una violación del derecho a la integridad personal de la presunta víctima, sea o no familiar de alguna otra víctima en el caso. Respecto de aquellas personas sobre quienes el Tribunal no presumirá una afectación del derecho a la integridad personal por no ser familiares directos, la Corte evaluará, por ejemplo, si existe un vínculo particularmente estrecho entre éstos y las víctimas del caso que permita a la Corte declarar la violación del derecho a la integridad personal. El Tribunal también podrá evaluar si las presuntas víctimas se han involucrado en la búsqueda de justicia en el caso concreto, o si han padecido un sufrimiento propio como producto de los hechos del caso o a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos.[9]

Como antecedente en el sistema americano de esta distinción, podemos mencionar la sentencia en el *Caso Blake Vs. Guatemala*[10] donde la Corte señaló:

> Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.[11]

En otros casos, la distinción entre las distintas formas de violación a la integridad personal ha venido por la vía de separar claramente afectaciones físicas y de aquellas de tipo psicológico y moral en el caso de amenazas de violación de derechos humanos:

> La Corte se remite a esas consideraciones sobre los factores que repercuten en la gravedad de los hechos. Es claro que el uso de esa fuerza por los agentes estatales contra los internos implicó la violación de la integridad física de éstos […]
>
> Este Tribunal ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir en sí misma una transgresión a la norma de que se trata. Para determinar la violación al artículo 5 de la Convención, debe tomarse en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia

---

9 *Ibidem*, párr. 129.

10 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de fondo de 24 de Enero de 1998. Serie C No. 36.

11 *Ibidem*, párr. 114. En el mismo sentido se pronunció más tarde la Corte, en la sentencia del *Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de Noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 174, pero es, sin duda, el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrs. 162 a 164, el que desarrolla el tema.

psíquica y moral. La amenaza de sufrir una grave lesión física puede llegar a configurar una 'tortura psicológica'.[12]

Otro ejemplo de la utilidad de esta distinción entre integridad física y psíquica y moral es el *caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, donde la Corte estimó que no procedía pronunciarse sobre una supuesta afectación de la "integridad cultural" de la comunidad,[13] pero sí consideró que la falta de restitución de sus tierras tradicionales constituía una violación a la integridad personal de sus miembros, en vista de los efectos psíquicos y morales que padecían a consecuencia de ello:

> En el presente caso, varias de las presuntas víctimas que declararon ante la Corte expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. Todo ello constituye una violación del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.[14]

Por último es importante destacar las formas de afectación a la integridad psíquica y moral, vinculada con violencia sexual. Al respecto la Corte señaló en el *Caso del Penal Castro y Castro:*

> El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos nombres se encuentran incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma.[15]

Un segundo aspecto general a considerar respecto del derecho a la integridad personal es la relación que ha establecido la jurisprudencia de la Corte IDH entre el derecho a la integridad personal y cierta forma pluriofensiva de violación de derechos humanos, como es la desaparición forzada de personas. La posición de la Corte[16] ha sido considerar que la figura de la desaparición forzada viola no sólo el derecho a la libertad personal de la víctima, sino también el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida.[17] En el *Caso Radilla Pacheco*[18] la Corte afirma que las desapariciones forzadas, en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas, presuponen la afectación del derecho a la integridad personal en los siguientes términos:

> (…) la desaparición del señor Radilla Pacheco no sólo es, a todas luces, contraria al derecho a la libertad personal, sino, además, se enmarca en un patrón de detenciones y desapariciones forzadas

12 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párrs. 278 y 279, respectivamente.
13 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 242.
14 *Ibidem*, párr. 244.
15 *Caso Penal Castro y Castro*, párr. 308.
16 Así desde Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 155 y ss.
17 *Ibidem*, párrs. 155 a 157.
18 Corte IDH.*Caso Radilla Pacheco vs. México.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 139.

> masivas (…), lo cual permite concluir que aquélla lo colocó en una grave situación de riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y a su vida.[19]
>
> (…) esta Corte ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque '[e]l solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención'.[20]

Finalmente, un tercer tema general es la relación con los mecanismos de protección de este derecho. Desde un punto de vista procesal, es interesante ver la ampliación que se ha hecho en la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los objetivos de la institución del *Hábeas Corpus*. La Corte IDH ha visto en este recurso un instrumento eficaz para la protección de la integridad personal y ha ampliado los alcances de este derecho más allá de la protección de la libertad personal:

> En situaciones de privación de la libertad como las del presente caso, el hábeas corpus representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo, para asegurar que el detenido sea presentado ante al órgano judicial encargado de constatar la legalidad de la detención, así como para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención y protegerlo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos criterios son reflejados en los artículos X y XI de la CIDFP, específicamente en lo que se refiere a la desaparición forzada de personas".[21]

En síntesis, la Convención Americana consagra un principio general: el derecho a la integridad personal que tiene distintas facetas (física, psíquica y moral). Este derecho puede ser afectado de distintas formas, alguna de las cuales se encuentran expresamente prohibidas (tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes). Además, surgen otros temas que se han vinculado con la integridad personal, como violaciones pluriofensivas de derechos (desaparición forzada) y las medidas de protección jurisdiccional efectiva de este derecho en el marco de violaciones de otros derechos relacionados (habeas corpus).

III. La prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional, se refleja en el hecho de la existencia de varios instrumentos destinados específicamente a ella.[22]

[19] *Ibidem*, párr. 152

[20] *Ibidem*, párr. 153.

[21] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 72.

[22] Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 (resolución 3452 (XXX)); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46) ONU Doc. A/39/51 (1984), la Convención entró en vigencia el 26 de junio de 1987; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 9 de diciembre de 1985. La Convención entró en vigor el 28 de febrero de 1987 y, a mayo de 2002; Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobada en el marco del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987. La Convención entró en vigencia el 1 de febrero de 1989. Otros instrumentos que se refieren a la tortura son: Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente, los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros

Este rol central de la prohibición de la tortura se manifiesta en que esta acción es considerada un claro ejemplo de una norma absoluta en derecho internacional de los derechos humanos. Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia.[23]

A juicio de la Corte, el derecho a no ser sometido a torturas constituye no solo una norma que no admite limitaciones, sino que además posee una especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber, es una norma *jus cogens*,[24] es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos.[25] Esta especial naturaleza de la prohibición de tortura tiene efectos en relación con las obligaciones del Estado, principalmente, la de garantía:

> "Según fue señalado anteriormente (*supra* párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores".[26]

Todas estas características particulares de la prohibición de tortura han hecho surgir la discusión sobre qué es exactamente un acto de tortura y de qué manera lo podemos distinguir de otras formas de afectación de la integridad personal que también se encuentran especialmente prohibidas.

1. Necesidad de distinguir entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal

Distinguir entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal es un punto complejo, ya que si bien hay diferentes tratamientos normativos, la práctica de los órganos de control se han pronunciado muchas veces por no hacer la distinción y tratar el tema como una afectación indiferenciada del derecho a la integridad personal.[27]

Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

[23] Art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[24] Corte Internacional de Justicia (CIJ), Case East Timor (Portugal vs. Australia), Reports 1995, p. 90, at. P. 102, para. 29; International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra, 2001, pp. 208 y 284 (comentarios sobre los arts. 26 y 40).

[25] Schwelb, Egon, *Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Comisión*, en: *The American Journal of International Law*, Vol 61, 1967, pp. 946 a 975; Cebada Romero, Alicia. *Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos*, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2002, http://www.reei.org/reei4/reei.4.htm, (04/12/2008).

[26] Corte IDH. *Caso Goiburú vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 128.

[27] Association for the Prevention of torture (APT), Torture in International Law – A guide to jurisprudence, http://www.apt.ch/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,127/Itemid,59/lang,en/ (04/12/2008).

Por otra parte, se puede sostener que la distinción entre las distintas conductas merece ser hecha, particularmente, para destacar la tortura, dado que esta calificación lleva consigo una estigmatización mayor que debe ser expresada. La tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado y puede tener consecuencias en materia de reparaciones; finalmente, la diferenciación entre las formas de afectación a la integridad personal puede ser relevante en materia de activación de mecanismos de protección a nivel de la Convención de Naciones Unidas sobre tortura.

Existe cierto consenso en que la práctica de la tortura genera la obligación de investigar por parte del Estado, independientemente de las actuaciones que puedan desarrollar las víctimas o sus representantes. El sistema interamericano, que ha desarrollado ampliamente esta materia, no ha sido tan claro en qué considera un "delito grave", si es cualquier forma de afectación de la integridad personal o sólo en caso que estemos ante una violación a la obligación de no torturar. En este sentido, podría ser relevante la distinción entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal conforme a la obligación de garantía expresada en la obligación de investigar y sancionar penalmente estos ilícitos.

Una cuestión donde también puede ser relevante la distinción entre diferentes formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de reparaciones. Es posible pensar que en la medida que las indemnizaciones en el ámbito internacional, particularmente la indemnización del daño material, siga profundamente ligada a la idea de sufrimiento, determinar si la víctima de una violación a su integridad personal ha sufrido un acto de tortura u otro no es irrelevante.[28]

No hay duda que el ilícito de la tortura es uno de los crímenes que mayor repudio provocan, tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido parece relevante tanto para los efectos de las víctimas, como de los procesos que a partir de estos hechos puedan generarse, que los actos de tortura sean calificados como tales, y no queden en un terreno más incierto como es la afectación genérica de la integridad personal. Por ello, se justificaría hacer la distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal y reservar este mayor repudio para las acciones más graves de afectación al principio general resguardado. De hecho, la tortura es un acto con un alto reproche y puede llegar a constituir un crimen internacional.[29]

Otro aspecto donde también pareciera relevante la adecuada distinción entre las distintas formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de procedimientos de control y protección internacional. En particular, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura ha diseñado un procedimiento especialmente dirigido a hacer frente a casos de tortura.[30] Este procedimiento especial

---

[28] Nash, Claudio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2da. edición, Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

[29] En este sentido estoy pensando en los términos del art. 19 del borrador de la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados por parte de la Comisión de Derecho Internacional, en su borrador de 1996, que luego fue eliminado en su versión final. Sin perjuicio de esta "desaparición" del texto aprobado, en la jurisprudencia interamericana es una calificación a ciertas violaciones graves de derechos humanos que puede tener relevancia en el campo de la conceptualización de la tortura. Ver *Caso Goiburú vs. Paraguay*, en particular los votos de los jueces Sergio García y Antonio A. Cancado Trindade.

[30] Artículo 20: "1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate".

"2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité".

"3. Si se hace una investigación conforme al párr. 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate, de acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio".

"4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párr. 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación".

"5. Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrs. 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párr. 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, *tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación*

contemplado en el art. 20 de la CCT expresamente hace referencia en su numeral 1 a las prácticas sistemáticas de tortura. Podría pensarse que este es un mecanismo diseñado exclusivamente para hacer frente a la forma más cuestionada de violación de la integridad personal. En ese sentido sería relevante hacer la distinción entre tortura y otras formas de afectación a la integridad personal en el ámbito de la protección que da este Convenio. Ni la CEDH[31] (1950), ni el PDCP[32] (1966), ni la CADH[33] (1969) hacen una distinción conceptual en esta materia.

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

> Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

El PIDCP, en su artículo 7 señala:

> Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

La CADH, en el artículo 5 dispone:

> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
>
> 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
>
> 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

Como es posible observar de una simple lectura de los textos, los instrumentos se han limitado a establecer la prohibición de diferentes formas en que se puede afectar la integridad personal: tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Donde sí se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos tanto en Naciones Unidas como en el sistema interamericano de derechos humanos. Ambos instrumentos parten con una definición de qué se entenderá por tortura y si bien son conceptos similares, no son idénticos. Analicemos cada uno de ellos:

La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura señala en su artículo 1:

> 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por su parte, el artículo 2 de la CIPST,[34] señala:

> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con

en el informe anual que presente conforme al artículo 24". (destacado mío).

31 Adoptado el 4 de Noviembre de 1950 por los Estados signatarios, miembros del Consejo de Europa.

32 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

33 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

34 Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar La Tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el décimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

De esta forma, a partir de los elementos comunes y las diferencias entre ambas definiciones, podemos extraer algunas conclusiones:

Primero, la tortura *debe ser un acto intencional.*

Segundo, que el elemento determinante será el *sufrimiento o dolor*, ya sea *físico o mental.* Es interesante, por una parte, señalar que respecto de este requisito ambos instrumentos defieren en un elemento central: la Convención de Naciones Unidas exige que el padecimiento sea "grave", cuestión que no es exigida por la Convención Americana en esta materia. Este es un punto muy relevante a la hora de realizar una posible distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, ya que podría pensarse (como lo ha hecho el sistema europeo en algún momento) que este sería el elemento clave de distinción.

Por otra parte, nos encontramos con un segundo aspecto diferenciador. En el sistema interamericano se ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento, cual es, que también se considerará como tortura un acto que sin provocar este dolor o sufrimiento, este destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental

Tercero, que el acto *debe perseguir una finalidad*. Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del sistema interamericano este requisito es prácticamente fútil ya que se establece que "cualquier otro fin", aparte de los mencionados expresamente en el texto podrán ser considerados como suficientes para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema de Naciones Unidas la finalidad es más restringida y cuando abre el tema, lo hace de la siguiente forma: "o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación". De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.

Cuarto, en cuanto a los sujetos activos, ambos instrumentos mantienen una *vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal*. Sin embargo, aun cuando en el art. 3.2 de la Convención Americana sobre Tortura hay un *esfuerzo por vincular a privados* de forma más categórica que lo que se hace en el ámbito de Naciones Unidas.

2. Jurisprudencia sobre la definición de tortura

a. Elementos en la jurisprudencia del TEDH

La Corte Europea a lo largo de su jurisprudencia ha hecho una serie de distinciones conceptuales, calificando ciertos casos como tortura, otros como tratos inhumanos, y otros como tratos degradantes[35]. Un caso paradigmático sobre las dificultades de la distinción en esta materia es la sentencia dictada por el TEDH, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido,* de 1978.[36] La Corte Europea en la sentencia del *Caso*

---

[35] Van Dijk, Pieter y Van Hoof, Godefridus J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, 4a. Edición, 2006, p. 406 y ss.

[36] TEDH, Irlanda c. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, y antes, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el "Caso Griego" se había referido a esta materia (Comisión Europea de Derechos Humanos, Greek Case, Yearbook XII (1969)).

Irlanda vs. Reino Unido, estableció que un trato degradante era aquél capaz de "crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral".[37] En este mismo caso, la Corte sostuvo que las "cinco técnicas" que se aplicaban en Irlanda del Norte –y que consistían en tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente– no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba "tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel".[38]

De esta forma, se desprende de este caso que el elemento central para delimitar ambos tipos de conductas sería la severidad del daño. El punto está en la dificultad de establecer dicho parámetro a partir de los elementos que tiene en consideración la Corte.

b. Elementos en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el *Caso Bueno Alves vs. Argentina,*[39] la Corte determinó los elementos constitutivos de tortura. Si bien este tribunal ha tenido oportunidad en el pasado de revisar violaciones al derecho a la integridad personal,[40] esta es la primera vez que sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito.[41] En esta sentencia se desarrollan los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron esta conducta prohibida. Para estos efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación el artículo 5 de la Convención Americana y lo dispuesto por el artículo 2 de la CIPST.[42] Con estas fuentes a la vista señaló que:

> […] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: *a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito"* (párr. 79).[43]

---

[37] TEDH, Irlanda c. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, A 25, párr. 167, citado por J. Barquin Sanz, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, EDERSA, Madrid, 1992, p. 89.

[38] Refleja la dificultad y subjetividad de la distinción el que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el procedimiento que precedió el estudio del caso por la Corte, había calificado estas técnicas como "tortura" (Informe de 25 de enero de 1976, B.23-I (1980), p. 411), citado en P. Van Dijk et. al., *op. cit.*, p. 309.

[39] Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. Este caso trata sobre los ataques a la integridad del Señor Bueno Alves en un interrogatorio conducido por agentes del Estado en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares.

[40] En nuestro continente los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo XX desarrollaron e implementaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses. Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Véase. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros*; *Caso Velásquez Rodríguez.*

[41] Hasta la dictación de la sentencia en el *caso Bueno Alves*, la Corte no distinguía en forma precisa los elementos constitutivos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero utilizaba en su argumentación los elementos o categorías que otros sistemas de protección habían empleado. Al respecto ver Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 149; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, párr. 221.

[42] *Caso Bueno Alves*, párr. 78. El artículo 2 de la CAPST dispone: [p]ara lo efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin […]. Este no es el primer caso en que la Corte se atribuye competencia y aplica la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En la misma sentencia del Caso Bueno Alves la Corte hace referencia al *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 156; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 126, y Caso Tibi, párr. 144.

[43] Destacado mío.

Estos requisitos son los que habitualmente cita la doctrina y jurisprudencia internacional para efectos de conceptuar la tortura y distinguirla de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.[44]

A continuación reseñaré algunas de las dudas que surgen del análisis de la Corte.

Respecto del primer elemento, la intencionalidad, indicó que "[…] los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito".[45] Para satisfacer este requisito, la Corte exige que, tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del agente Estado y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado de la negligencia grave o del caso fortuito.

Si bien este es un requisito ampliamente aceptado, resulta pertinente analizar el impacto que este requisito puede tener en el ejercicio de demandas de las víctimas ante el sistema interamericano. El punto de preocupación es el probatorio. Si bien la rigurosidad en un juicio de atribución de responsabilidad penal de un particular es, no sólo deseable, sino exigible en virtud del principio de legalidad; en la adjudicación de responsabilidad del Estado el criterio es diferente y no puede ser confundido. En estos casos se debe exigir una respuesta efectiva del Estado ante la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima, ocasionados por una gente del Estado o con su consentimiento y en las acciones emprendidas por el Estado para reparar dicha afectación, y no en la intencionalidad del autor concreto de la conducta. Una interpretación estricta de este requisito puede impactar negativamente en la efectiva y eficaz protección de las víctimas. De esta forma, la cuestión pareciera resolverse a través de las reglas de imputación de responsabilidad y no como un requisito particular de esta actuación (tortura).

En relación a los "severos sufrimientos físicos y mentales", resulta interesante destacar la forma en la que se aborda este elemento:

> […] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la *duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar.* Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la *edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.*[46]

La Corte, a efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima.[47] Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. El análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la Convención. Una calificación centrada sólo en los elementos objetivos del acto tiene un grave problema ya que ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares vinculados a elementos objetivos donde el parámetro se fija a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicio o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado.[48]

---

[44] Al respecto ver Rodley, Nigel, *The treatment of prisoners Under International law,* Oxford University Press, 2a. Edición, 2002, pp. 75 a 106; Medina, Cecilia, *op. cit.*, pp. 138 a 210.

[45] Corte IDH. *Caso Bueno Alves*, párr. 81.

[46] *Ibidem*, párr. 83, (destacado mío).

[47] Esta forma de ponderación también se encuentre en Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No.149.

[48] El mejor ejemplo de este peligro es el caso Griego, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que "[U] na cierta dureza de tratamiento de los detenidos, tanto por la policía y las autoridades militares es tolerada por la mayoría de los detenidos e incluso esperada por ellos. Esta dureza puede tener la forma de palmadas o golpes de mano en la cabeza o en la cara. Esto subraya el punto hasta el cual los prisioneros y el público aceptan la violencia física como 'no necesariamente cruel o excesiva' la cual varía según las diferentes sociedades y aún entre diferentes grupos de la misma" (van Dijk, et al., *op. cit*., pp. 412 a 413). Un buen uso de este criterio puede verse en la TEDH, *Caso Tyrer vs. United*

Sobre la finalidad la Corte indicó que "los maltratos tuvieron como finalidad específica *forzar la confesión del señor Bueno Alves*".[49] La Corte establece un umbral de exigencia en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito, como es el de obtener una confesión, no nos encontraremos ante tortura. Resulta importante destacar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de la CIPST, los ataques que se perpetren pueden realizarse "con *fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin*".[50] Esta última causal es formulada en términos tan amplios que parece fútil detenerse en este elemento a la hora de determinar un caso como tortura.

Entre los elementos que menciona la Corte no se hace referencia a la calidad del autor de las torturas. Lo anterior puede deberse a que la CIPST no hace referencia a este elemento en la definición de la tortura, sino en su artículo 3 al referirse a quienes pueden ser responsables de la tortura.[51] En el caso en comento, los autores de la tortura eran funcionarios del Estado, por lo que no generó mayores problemas al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado.[52]

El *Caso Fernández Ortega y otros*[53] marca un precedente de gran importancia en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de género vinculado con la prohibición de tortura y por tanto, expresión clara sobre los alcances de la obligación general de no discriminación aplicable también a este derecho. En este caso, la Corte IDH confirma y desarrolla el criterio asentado en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro,*[54] conforme el cual una violación sexual, bajo ciertas circunstancias, constituye tortura:

> […] Esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos […].[55]

Si bien la Corte Interamericana tuvo una primera oportunidad de pronunciarse sobre la calificación de la violación sexual de una mujer como tortura en el *Caso Loayza Tamayo*, declinó hacerlo tras estimar que no había sido suficientemente acreditada la violación sexual de la víctima.[56] Esta posición fue revertida en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, donde la Corte IDH dio un paso destacable, no sólo al afirmar que la violación sexual de una mujer podía constituir tortura, sino al admitir también un concepto amplio de violación sexual:[57]

Kingdom, sentencia de 25 de abril de 1978.

49 Corte IDH. *Caso Bueno Alve*s, párr. 82 (destacado mío).

50 Destacado mío.

51 Artículo 3: "Serán responsables del delito de tortura: a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".

52 Ahora bien, en la sentencia del *Caso Ximenes Lopes*, la Corte condenó al Estado por la violación del artículo 5 cometida por funcionarios de un Hospital privado en contra de uno de sus pacientes que padecía esquizofrenia, relativizando este requisito del art. 3 CIPST. Se funda la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de la obligación de garantía: "por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes", ver Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes*, párr. 150.

53 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

54 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 312.

55 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega*, párr. 128.

56 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58.

57 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 310: "[…] El Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente.

> […] Tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta "inspección" vaginal dactilar […] constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura.[58]

En el *Caso Fernández Ortega y otros* la Corte IDH avanza unos pasos más respecto del *Caso Penal Castro Castro*, por cuanto desarrolla los elementos que configuran la práctica de tortura, de acuerdo a los criterios establecidos por dicho tribunal desde el caso Bueno Alves,[59] y los aplica a la violación sexual de la Sra. Fernández Ortega, fundamentando así su calificación jurídica. Por otra parte, la presente sentencia adquiere un valor adicional al explicitar, además, que la violación sexual vulnera el derecho a la vida privada y constituye violencia de género en los términos de la Convención de Belem do Pará:

> […] La Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.[60]

Desde la perspectiva de género, resulta relevante otorgar una connotación especial a la violación sexual de la mujer como infracción grave a los derechos humanos, y distinguirla así de otras afectaciones a la integridad personal. El reconocimiento de esta necesidad, por parte de órganos de protección internacional, no es del todo novedoso. La calificación de la violación sexual como tortura en el derecho internacional es de larga data. Organismos internacionales como la Comisión IDH,[61] el TEDH,[62] la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia,[63] y los Tribunal Penales Internacionales *ad hoc*,[64] optaron hace más de una década por considerar que la violación sexual, especialmente en contextos de conflicto armado o violencia doméstica, podía constituir tortura.[65]

3. Otras formas de afectación de la integridad personal

Para definir qué son los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte ha seguido básicamente un criterio casuístico, definiendo en cada ocasión qué actos deben ser considerados bajo dicha categoría. Una aproximación general la hizo en el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú* en los siguientes términos:

> La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según

Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril".

58 *Ibidem*, párr. 312.

59 Corte IDH. *Caso Bueno Alves*, párr. 79.

60 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega*, párr. 131.

61 CIDH. Informe N° 5/96, Caso N° 10.970, 1 de Marzo de 1996.

62 TEDH. Caso Aydin vs. Turquía. Sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrs. 80 y ss.

63 *Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*; Final Report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 55.

64 Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Caso Celebici, N° IT-96-21-T, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 495-497; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso Prosecutor vs. Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998. En este último caso el tribunal consideró la violación sexual como un acto constitutivo de genocidio.

65 En los Estatutos de la Corte Penal Internacional se decidió reconocer la gravedad especial de la violación sexual tipificándola, dentro de los crímenes de lesa humanidad, de manera explícita y separada del delito de tortura. Ver artículo 7 del Estatuto de Roma.

> los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (*Cfr*. Case of Ireland vs. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A no. 25. párr. 167). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (*Cfr*. Case Ribitsch vs. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36). Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (*Cfr*. ibid., párr. 38) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.[66]

Recientemente, la Corte ha entregado un criterio respecto a la evaluación del sufrimiento:

> Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales.[67]

Destacan como ejemplos de tratos crueles, inhumanos y degradantes, casos en que por la forma en que son tratadas las víctimas pudieron temer y prever que serían privadas de su vida de manera arbitraria y violenta o sometidas a tortura;[68] casos en que existió una privación continua de la verdad acerca del destino de un familiar desaparecido;[69] casos en que los familiares de las víctimas sufrieron una afectación a su integridad personal como consecuencia del tratamiento que se dio a los restos de las víctimas;[70] o, casos en que personas se ven privadas de toda comunicación con el mundo exterior por largo tiempo y, particularmente, con su familia.[71]

Respecto de las penas que se apliquen por las autoridades, también existe un límite claro en cuanto a que éstas no pueden afectar la integridad personal, aunque teniendo en cuenta que toda sanción implica de alguna manera una afectación legítima a la integridad personal. Un claro ejemplo de este límite sustantivo a la imposición de penas es el *Caso Ceasar vs. Trinidad y Tobago*:

> La propia jurisprudencia de este Tribunal así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional. Asimismo, la Corte es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como

66 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo*, párr. 57.

67 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. S*entencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216 párr. 112.

68 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 256; *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 149.

69 Corte IDH. *Caso 19 comerciantes*, párr. 267; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 130; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 221; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco,* párr. 166.

70 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle"*, párr. 174; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*, párr. 161.

71 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 91.

> de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante.[72]

En síntesis, podemos afirmar que existe una forma especialmente prohibida de afectación a la integridad personal, la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles inhumanos y degradantes. Que si bien estas distintas conductas han sido tratadas muchas veces en forma indiferenciada, atendidas ciertas razones vinculadas con la especial reprochabilidad de la tortura, que han obligado a su distinción y por tanto, han llevado a la Corte a caracterizarla detalladamente. Hemos visto que la jurisprudencia ha seguido a la Convención Interamericana sobre tortura para conceptualizarla sobre la base de los elementos de *intencionalidad, severidad del sufrimiento y la finalidad perseguida*; definición que no está exenta de críticas. Finalmente, hemos reseñado algunas conductas que han sido consideradas por la jurisprudencia como otras formas de violación de la integridad personal que también están especialmente prohibidas (tratos y penas crueles inhumanas y degradantes).

IV. Las obligaciones del Estado respecto del derecho a la integridad personal

La especial regulación internacional de la prohibición de la práctica de la tortura ha obligado a ciertos desarrollos jurisprudenciales que son interesantes de considerar en relación con las obligaciones del Estado, particularmente, con la obligación de garantía. Por una parte, es evidente que de acuerdo con el mandato normativo, el Estado no puede incurrir en actos que puedan ser considerados violatorios de la integridad personal, cualquiera sea la faceta de dicho derecho. Un segundo aspecto es considerar los alcances de la obligación de garantía respecto del derecho a la integridad personal. Por una cuestión de espacio me centraré en los principales aspectos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH: la obligación de investigar bajo un estándar de mayor acuciosidad, el deber de colaboración internacional y las obligaciones institucionales (tipificación).

Una primera cuestión que la Corte Interamericana se ha encargado de reiterar es la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de investigar las violaciones graves de derechos humanos.[73] Un aspecto central en este desarrollo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte, es tanto procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (ésta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales):

> [...] Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.[74]

Desde su primera jurisprudencia contenciosa, el *Caso Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH ha señalado que, como consecuencia de su obligación general de garantía, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención.[75] Asimismo, la Corte ha explicado que este deber de prevenir constituye una obligación de medio o comportamiento que abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la

[72] Corte IDH. *Caso Ceasar vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia 11 de marzo de 2005. Serie C No.123, párr. 70.

[73] Sobre la obligación del Estado a investigar con relación al derecho a la integridad personal, véase también el comentario al artículo 25 de Juana María Ibáñez Rivas en esta misma obra.

[74] Corte IDH. *Caso Goiburú*, párr. 88. En el mismo sentido, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 256.

[75] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 166.

salvaguarda de los derechos humanos.[76] En virtud de este deber de prevención, se ha afirmado que, en algunos casos, corresponde a los Estados otorgar una protección especial y más personalizada, con el fin de prevenir posibles violaciones dirigidas a personas específicas que se encuentran expuestas a un peligro claro e individualizado[77] del cual tiene conocimiento el Estado, especialmente, cuando aquel se enmarca en un contexto generalizado de violaciones de derechos humanos.

La Corte IDH ha afirmado que la *obligación de investigar las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa*.[78] En el *Caso Manuel Cepeda Vargas*, la Corte explica, además, que cuando se trata de investigar las amenazas dirigidas en contra de personas expuestas a un contexto de violencia y aquellas han sido denunciadas ante las autoridades estatales, el deber de investigar adquiere características especiales que imponen al Estado exigencias reforzadas de prevención y protección, mediante acciones particularmente diligentes, inmediatas y efectivas:

> […] En efecto, ante el contexto de violencia que enfrentaba la UP y el PCC en Colombia al momento de los hechos, el deber de debida diligencia frente a las denuncias de amenazas de muerte adquirió un carácter especial y más estricto, en tanto exigía del Estado prevenir la vulneración de los derechos del Senador Cepeda Vargas. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exigía la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación de los responsables de las amenazas y de los crímenes acontecidos en el mismo contexto.[79]

Esto se condice con lo sostenido por la Corte IDH en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”).* Allí señaló que, si bien la falta de prevención de la desaparición de las víctimas no conllevaba *per se* la responsabilidad internacional del Estado –porque no había sido establecido que las autoridades tuvieran conocimiento de un riesgo real e inmediato para ellas[80]– una vez denunciada su desaparición, la situación era diferente. *A partir de ese momento se configuraba para el Estado un “deber de diligencia estricta” de investigación, prevención y protección dado que éste había tomado conocimiento de la existencia de un peligro cierto e inminente de que las víctimas sufrieran ataques a su vida e integridad personal:*

> […] La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad […].[81]

Sin embargo, debemos observar que, en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, a diferencia del *Caso Cepeda Vargas*, la Corte analizó la atribución de responsabilidad internacional al Estado por crímenes cometidos por particulares y, en función de ello, consideró el conocimiento del Estado acerca de la existencia de un riesgo real e inmediato para las víctimas.[82] A partir de estas circunstancias y de la

---

[76] *Ibidem*, párr. 175.

[77] Ver Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 280; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 123; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155; Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 78. En el mismo sentido: Medina, Cecilia, *op.cit.*, p. 96.

[78] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 177.

[79] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 101.

[80] Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, párr. 283.

[81] *Ibidem*, párr. 283.

[82] En este caso la Corte señaló que “las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de

constatación de que ellas formaban parte de un contexto de violencia contra mujeres de características similares a las tres víctimas desaparecidas, la Corte estimó que el Estado tenía deberes de diligencia estricta en materia de investigación, prevención y protección respecto de eventuales ataques de terceros hacia ellas.

En diversas oportunidades la Corte IDH ha señalado que, para que una investigación pueda ser considerada diligente y efectiva, *las autoridades encargadas deben valorar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones a los derechos humanos*.[83]

Como ha señalado la Corte IDH en casos como el de la *Masacre de la Rochela* y el de *González y otras (“Campo Algodonero”)*, cuando las líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, puede generarse ineficacia en las investigaciones.[84] Asimismo, la Corte ha señalado que la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades, constituye una exigencia indispensable para la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad.[85]

Las deficiencias en la investigación, así como en la adopción de medidas adecuadas de prevención y protección, según la Corte IDH, pueden importar una violación del derecho a la integridad personal, por cuanto tales deberes se desprenden de la obligación de garantizar efectivamente este derecho:

> […] Ante el incumplimiento de las obligaciones de prevención, protección e investigación respecto de la ejecución extrajudicial cometida, la Corte declara la responsabilidad agravada del Estado por la violación de los derechos a la vida e integridad personal […] en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Senador Manuel Cepeda Vargas.[86]

Una segunda consecuencia de la prohibición de la tortura, es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos. Según la Corte, en aquellos casos de violaciones graves de derechos humanos –donde se hayan “infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas”– *se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables*. El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”.[87] Finalmente, la Corte ha señalado que ante violaciones graves de derechos humanos involucradas surge “la necesidad de erradicar la impunidad” y “se presenta ante la comunidad internacional (…) un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos”.[88]

Pero la obligación de garantía no se limita sólo a la respuesta frente a casos donde se ha producido

---

adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, párr. 280. Este estándar fue también considerado por la Corte IDH en los casos *Ríos y Perozo vs. Venezuela*. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 110 y Serie C No. 195, párr. 121, respectivamente. Este criterio de atribución de responsabilidad por crímenes de particulares proviene del TEDH. Ver *Caso Kilic vs.Turkey*, sentencia de 28 de marzo de 2000, párr. 62-63.

83 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 156; Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 78, y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro*, párr. 154.

84 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 366, y *Caso de la Masacre de la Rochela*, párrs. 156, 158 y 164.

85 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela*, párr. 195.

86 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda*, párr. 126.

87 Corte IDH. *Caso Goiburú*, párr. 128.

88 *Ibidem*, párr. 131.

un hecho violatorio del derecho a la integridad personal, sino que también tiene importantes facetas preventivas. Una en la que la Corte ha centrado su atención a través de las garantías de no repetición es la obligación de tipificar los actos de tortura en el ámbito interno de acuerdo con los estándares internacionales. La Corte ha señalado:

> De conformidad con lo señalado en el Capítulo X de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno y, al respecto, tipifique los delitos de desaparición forzada y tortura, en los términos y en cumplimiento de los compromisos asumidos en relación a la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura, a partir del 28 de marzo de 1996 y del 28 de agosto de 1991, respectivamente.[89]

En síntesis, podemos afirmar que las obligaciones del Estado (respeto y garantía), adquieren ciertas características particulares en casos de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. En estos casos, más allá de los alcances normales de estas obligaciones generales, es necesario que el Estado adopte medidas especiales que permitan dar plena efectividad a este derecho. Así, hemos visto medidas vinculadas con la investigación y sanción de los actos de tortura que se desarrollan en forma masiva y sistemática, tanto en cuanto a aspectos procedimentales como de fondo. Asimismo, hemos visto la necesidad de adoptar medidas de prevención efectivas, particularmente, la obligación de tipificación de este delito en el ámbito interno.

V. Personas privadas de libertad

El artículo 5 ha sido la vía que la Corte ha usado preferencialmente para entrar al tema carcelario. Parecería evidente que lo hiciera a partir del art. 5.2 que hace expresa referencia al tema, pero la Corte también ha usado el numeral 1 del artículo 5 y el numeral 2 en lo referido a tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. En primer lugar la Corte ha señalado la obligación del Estado de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, en particular porque éstas se encuentran en una situación de vulnerabilidad:

> Que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad en centros penitenciarios o de detención, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas. Además, "[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención.[90]

El Estado, en atención a su condición de garante de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y como responsable final de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos, atendiendo a las particularidades de la condición carcelaria:

> Por otro lado, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio

[89] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 186, párr. 259.

[90] *Caso Asunto del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*, Medidas Provisionales. Resolución de 02 de febrero de 2007, párr. 7. En el mismo sentido, ver: *Caso el Internado Judicial de Monagas ("La Pica")*. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004, párr. 11; *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare).* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006, párr. 9; *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, párr. 7; *Caso de las Penitenciarias de Mendoza.* Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005, párrs. 7 y 11; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 159.

> sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.[91]

El vínculo entre las condiciones carcelarias y el artículo 5 de la Convención Americana (relativa a la integridad personal) ha sido desarrollado por la Corte en los siguientes términos:

> De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal.[92]

La Corte en su jurisprudencia reciente ha desarrolla variados aspectos relativos a las personas privadas de libertad. Un interesante listado de estos temas lo hace la Corte en el *Caso Pacheco Teruel:*[93]

> Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad.[94] En particular, como ha sido establecido por esta Corte:
>
> el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal;[95] asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;[96]
>
> la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;[97]

---

[91] Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 87. En el mismo sentido, Corte IDH. *Caso Penal Castro y Castro*, párr. 314 y ss.; Corte IDH. *Caso Tibi*, párr. 150.

[92] Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 102.

[93] Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241 (por la utilidad de las referencias que hace la propia Corte en su sentencia, se mantendrán bajo la sigla *Cfr*.).

[94] *Cfr*. ONU. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; ONU. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Ver también: ONU. Observación General Nº 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Sustituye la Observación General Nº 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10): 44° período de sesiones 1992, y CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Adoptados durante el 131° Período de Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

[95] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150, y Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 85.

[96] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 20, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 204.

[97] *Cfr*. Artículo 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte IDH. *Caso Tibi*, párr. 263, y Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Hondura*s. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 200.

todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;[98]

la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;[99]

la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario[100] y a cargo del personal médico calificado cuando éste sea necesario;

la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios,[101] las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;

las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;[102]

todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;[103]

los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;[104]

los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano,[105] y

las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales,[106] la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas.[107]

En la sentencia del *Caso Instituto de Reeducación del Menor*[108] la Corte desarrolla algunos aspectos concretos de las obligaciones del art. 5 de la CADH. A su juicio, si las condiciones de vida material no satisfacen ciertos estándares mínimos, pueden afectar la "salud mental" de las personas recluidas y, de esta forma, provocar responsabilidad internacional del Estado por afectación a la integridad psíquica de las personas.[109] En el *Caso Tibi*,[110] la Corte reitera este razonamiento y señala que la situación personal

---

98 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vélez Loor*, supra nota 62, párr. 216.

99 *Cfr*. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 209.

100 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Tibi*, supra nota 61, párr. 156, y Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 301.

101 *Cfr*. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia*), párr. 146, y *Caso Vélez Loor*, párr. 204.

102 *Cfr. Caso Loayza Tamayo*, párr. 58, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 315.

103 *Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia*), párr. 146, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 315.

104 *Cfr*. *Caso López Álvarez*, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 319.

105 *Cfr*. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia*), párr. 85 y *Caso Vélez Loor*, párr. 198.

106 *Cfr*. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 70, y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Castigo Corporal a Niños, Niñas y Adolescentes, Considerando 14.

107 *Cfr*. *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM*. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, Considerando 13, y *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, Considerando 21.

108 *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, seguido en contra de Paraguay, relativo a las condiciones penitenciarias en una cárcel para menores de edad. En ésta se produjeron una serie de incendios que costaron la vida de algunos de los niños privados de libertad en dicho centro.

109 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 168.

110 Corte IDH. *Caso Tibi*, seguido en contra de Ecuador por la detención de un ciudadano francés acusado de narcotráfico.

de las personas privadas de libertad se enmarca en el ámbito del art. 5.2 de la CADH y, por tanto, se consagra el derecho de toda persona "a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal",[111] derecho que se encuentra íntimamente ligado con las condiciones de vida del detenido.[112]

Formuladas estas consideraciones generales, corresponde analizar ciertas cuestiones particulares que la Corte entra a conocer en sus sentencias, como son, la prohibición de ciertos castigos, la separación entre procesados y condenados, el derecho a atención médica de las personas privadas de libertad y la obligación de investigar en caso de denuncia de malos tratos o torturas sufridas por los detenidos.

La Corte no sólo ha señalado la prohibición de cierta clase de castigos, como el aislamiento, maltrato e incomunicaciones, sino que sostiene que constituye una violación del art. 5 el solo hecho de verse bajo la amenaza seria de sufrir dichas formas de castigo.[113] Amplía, de esta forma, los hechos a través de los cuales el Estado puede incurrir en responsabilidad.

En relación con la obligación establecida en el artículo 5.4 del Pacto de San José, la Corte señala en el *caso Tibi*, que "[en el caso] no había un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario en donde estuvo recluido el señor Tibi y que por esta razón se vio en la necesidad de convivir con sentenciados y quedó expuesto a mayor violencia" y por tanto, la "falta de separación de reclusos descrita" implica una violación del artículo 5.4 de la CADH.[114]

Respecto de la obligación del Estado de brindar atención médica a los detenidos, la Corte establece en la sentencia del *Caso Tibi* algunas particularidades de este derecho. Entiende que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5 de la CADH, "el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera". De la misma forma, el Estado debe garantizar que "los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal".[115] En su análisis, la Corte va más allá y señala expresamente que una deficiente atención médica de un detenido, en caso de requerir de un "tratamiento o atención médica adecuada y oportuna", implica una violación del artículo 5 de la CADH.[116]

> Finalmente, la Corte se refiere a la obligación del Estado de investigar aquellos casos en que pueda estarse ante una situación de malos tratos o de tortura.[117] Funda dicha obligación en el artículo 1.1 en concordancia con el art. 5, ambos de la CADH, ya que "el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana".[118] Al efecto, el solo hecho que la persona privada de libertad presente lesiones en el período en que ha estado bajo custodia directa del Estado es "motivo suficiente para que las autoridades competentes iniciaran, de oficio, una investigación sobre lo ocurrido a éste".[119]

Un punto relevante para nuestro análisis es la forma en que la Corte Interamericana afronta el tema de la falta de recursos a la hora de determinar las obligaciones del Estado respecto de las personas privadas de libertad. En un fallo contra Venezuela de 2006, la Corte señala:

> El artículo 5 de la Convención consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal, según el cual "[t]oda persona tiene derecho a que

[111] *Ibidem*, párr. 150.
[112] *Ibidem*, párr. 150.
[113] Corte IDH. *Caso Penal Castro y Castro*, párr. 279; *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 167.
[114] Corte IDH. *Caso Tibi*, párr. 158.
[115] *Ibidem*, párr. 156.
[116] Corte IDH. *Caso Tibi*, párr. 157.
[117] Por malos tratos y tortura, ver Corte IDH. *Caso Penal Castro y Castro*, párrs. 343-348.
[118] Corte IDH. *Caso Tibi*, párr.159.
[119] *Ibid*.

> se respete su integridad física, psíquica y moral", y quedan expresamente prohibidos la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.[120]

De acuerdo con este panorama, a juicio de la Corte, el Estado tiene obligaciones agravadas en el caso de las personas privadas de libertad que se encuentran bajo su completa tutela y en condiciones particulares de vida, sujetas al control del Estado. Además, es importante destacar que la Corte señala expresamente que las condiciones económicas no son una excusa para el cumplimiento de las obligaciones mínimas del Estado en materia de derechos humanos. En este sentido, parece relevante la norma a través de la cual se produce el control internacional. Parece que al hacerlo como parte de los actos prohibidos de la primera parte del 5.2 convencional, las medidas que puede disponer el Estado son más intensas que si lo hace sólo a partir de la segunda parte del 5.2 o del derecho genérico contemplado en el 5.1 de la Convención.

VI. La pena no puede trascender de la persona del delincuente

De acuerdo con el numeral tercero del art. 5, "la pena no puede trascender de la persona del delincuente". Esta es una clara consecuencia de la restricción impuesta al poder punitivo del Estado, quien no podrá castigar sino a la persona que haya juzgada conforme a un debido proceso, para determinar su responsabilidad personal frente a un ilícito penal. La Corte no ha tenido ocasión de examinar casos en que se haya alegado el incumplimiento de esta norma. La Comisión Interamericana sí se pronunció en un caso, aunque de forma algo indirecta sobre este punto. En el *Caso de Alan García vs. Perú* la Comisión estableció que la casa de Alan García fue allanada por las fuerzas militares de Perú y la mujer e hijos menores del ex-Presidente del Perú fueron sometidos a arresto domiciliario por esas mismas fuerzas. En este caso la Comisión expresó que:

> en el ámbito de los derechos consagrados en la mencionada Convención se encuentra especialmente prohibida la extensión de sanciones a la familia del presunto responsable de un delito. De este modo, cabe señalar que si el Gobierno de Perú entendía que el Dr. García Pérez debía ser detenido en razón de haber cometido un ilícito tipificado por la ley penal, la imposibilidad de su captura no justificaba que las sanciones dirigidas contra él se hicieran efectivas contra su esposa e hijos.[121]

VII. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas

El inciso cuarto del artículo 5 consagra el derecho que tienen los procesados de estar separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y que serán tratados conforme a su condición de no condenados. Si bien no es evidente por qué este derecho fue consagrado dentro de las normas relativas

[120] Corte IDH. *Caso Montero Araguren y otros (Retén de Catia)*, párr. 85. La Corte respecto de su frase final relativa a las dificultades económicas para el cumplimiento, cita al TEDH, Caso I.I vs. Bulgaria. Sentencia de 9 Junio 2005. Denuncia Nº 44082/98, párr. 77; Caso Poltoratskiy vs. Ukraine. Sentencia de 29 Abril 2003. Denuncia Nº 38812/97, párr. 148.

[121] Comisión IDH. Informe Nº 1/95, Caso 11.006 Perú. 7 de febrero de 1995. Publicado en informe anual 1994.

a la integridad personal, es evidente que esto tiene una relación muy directa con la dignidad de las personas y el trato que se debe dar bajo el principio de presunción de inocencia.

1. La separación entre procesados y condenados

El Comité de Derechos Humanos fue de la opinión, en un caso individual, que el hecho de que los procesados y los condenados estén en el mismo edificio, pero en secciones separadas, teniendo los procesados contacto con los condenados porque algunos de éstos servían la comida o limpiaban las secciones donde estaban los procesados, no constituía una infracción del artículo 10.2.a del Pacto, que es similar al artículo 5.4 de la Convención Americana.[122]

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre este tema planteando algunos estándares generales. En primer lugar ha fundado este derecho como un "corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" (Caso Neptune, párr. 146). En cuanto al fundamento material de esta medida la Corte ha señalado la no separación expone al procesado a un situación de mayor violencia (Caso Tibi, párr. 158). Un segundo elemento sobre el cual la Corte ha llamado la atención es la necesidad que en los recintos penitenciarios exista un "sistema de clasificación de los detenidos" que permita hacer efectivo este derecho de separación (Caso Tibi, párr. 158; Caso Neptune, párr. 146). Por último, en cuanto a las circunstancias concretas de la separación, la Corte ha señalado que "la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible" (Neptune, párr. 147).

2. Trato conforme a la situación de no condenado

La Convención exige también que los procesados sean sometidos "a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas". No merece mucha dudas vincular este derecho con el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención La Corte no se ha pronunciado sobre los alcances de este derecho.

3. Migrantes privados de la libertad

Un tema que la Corte ha tratado bajo el artículo 5, aunque referido a los numerales 1 y 2, pero que claramente mantiene directa relación con el numeral tercero que aquí analizamos es la situación de las personas indocumentadas que son sujetas a un proceso sancionatorio a partir de su situación migratoria.

La Corte ha señalado que la situación de particular vulnerabilidad de las personas migrantes se ve incrementada "cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son recluidas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos". El fundamento de esta apreciación está en el hecho que "[D]icha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individualde facto de desprotección respecto del resto de los detenidos".[123]

A juicio de la Corte, en casos en que sea estrictamente necesario privar de libertad a una persona atendida su situación migratoria "los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad"

[122] Comité de Derechos Humanos, NU, Larry James Pinkney vs. Canada, Comunicación Nº R.//27 de 25 de noviembre de 1977 (UN Doc. Supp. Nº 40 (A/37/40), (1982), p. 101.

[123] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 207.

(Caso Vélez Loor, párr. 208). De esta forma, la necesidad de separación se hace más intensa y ya no solo será entre procesados y condenados, sino que respecto de cualquier tipo de población penal.

VIII. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento

El inciso 5 del artículo 5 regula no sólo la separación de menores y adultos, sino que también consagra la obligatoriedad de una justicia especializada para los niños, donde deben ser llevados, "con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". La formulación de este inciso puede ser equívoca. El término tratamiento tiene una clara raíz tutelar donde los "menores" son "tratados" y no juzgados. La experiencia histórica demuestra que esto trae aparejados procesos en que los adolescentes que entran en contacto con la justicia penal no son tratados como sujetos de derecho y deben, por lo tanto, pierden su derecho a ejercer y gozar de todos sus derechos humanos.[124]

1. Sistema especializado

La Convención exige el establecimiento de tribunales especiales para procesar a los niños infractores de la ley. Con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños y adolescentes necesitan no sólo tribunales especiales, sino que normas especiales y personal especialmente capacitado para comunicarse con ellos, ya que el proceso por una infracción penal debe terminar con sanciones y medidas que promuevan la reintegración del niño y que consigan de él que "asuma una función constructiva en la sociedad".[125]

La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los aspectos de esta justicia especializada. Un primer acercamiento al tema fue la Opinión Consultiva nº17 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. En ella la Corte estableció que:

> Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. [...] Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el "establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes" (artículo 40.3) (párrafo 109-110).

Además de estos elementos específicos, la Corte fijó un criterio general:

> Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar (párrafo 111).

---

[124] Ver artículo 40 de la Convención sobre derechos del Niño, Naciones Unidas, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Ver también Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), adoptadas por resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de noviembre de 1985, artículo 7.

[125] Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.

En el *Caso Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay*. Sentencia de 02 de septiembre de 2004, la Corte fijó algunos estándares específicos:

> A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales (párrafo 211)".

Por último, en el *Caso Servellón García y otros vs. Perú* Sentencia de 21 de septiembre de 2006, la Corte señala acerca de los fines que debe perseguir la intervención penal:

> El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.[126]

2. Separación entre niños y adultos privados de libertad

Sobre el derecho que tienen los niños a estar separados de los adultos privados de libertad, la Corte ha señalado en el *Caso Bulacio*:

> Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los adultos detenidos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido. Finalmente, el derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brindan o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aun cuando éste no lo haya solicitado.[127]

Sobre el mismo tema, en el *Caso Instituto de Reeducación del menor* señaló:

> En cuanto al cumplimiento de la disposición del artículo 5.5 de la Convención, ha quedado establecido (supra párr. 134.16) que en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarías de adultos y compartían espacio físico con éstos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad.[128]

Por ello, la Corte concluye en su parte resolutiva:

> Además, ha quedado establecido que los internos del Instituto procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados y, por tanto, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna (*supra* párrs. 134.20 y 134.21). Esta situación coadyuvó a que en el Instituto

[126] Corte IDH. *Caso Servellón García*, párr.113.
[127] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 136.
[128] Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 175.

> existiera un clima de inseguridad, tensión y violencia. El propio Estado ha reconocido la falta de separación entre procesados y condenados y ha señalado que ésta existía en el Instituto por "la falta de disponibilidad de medios". Finalmente, no existían oportunidades efectivas para que los internos se reformasen y reinsertasen a la sociedad (*supra* párr. 134.24) (…) Estas circunstancias, atribuibles al Estado, son constitutivas de una violación al artículo 5 de la Convención Americana respecto de todos los internos que permanecieron en el Instituto. (párrafo 169-171).

Estableciendo algunos criterios más específicos, la Corte ha señalado en una resolución sobre Medidas provisionales presentadas por la Comisión Interamericana respecto de Brasil. Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM, resolución de 30 de noviembre de 2005, que:

> para proteger la vida e integridad personal de los niños residentes en el "Complexo do Tatuapé", debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta (párrafo 16).

IX. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados

No hay duda que una de las cuestiones más discutidas en el derecho penal es determinar cuál es el sentido de la pena. Ello se hace aún más complejo si miramos cuál es la realidad de nuestro sistema penitenciario latinoamericano. Al respecto la convención en el art. 5 numeral 6 consagrada que las penas privativas de libertad tendrán como "finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados".

La Corte ha tenido algunos pronunciamientos sobre este tema que reafirman esta visión de la pena como una medida de readaptación social.

En el *Caso Lori Berenson Mejía*, la Corte señaló que las condiciones en la que se encontraban los reclusos impedía el cumplimiento de los objetivos de la privación de libertad y señala que esto es una cuestión a la que deben prestar atención los jueces tanto al momento de fijar como al momento de evaluar las penas:

> Las situaciones descritas son contrarias a la "finalidad esencial" de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, "la reforma y la readaptación social de los condenados". Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas.[129]

X. A modo de síntesis

El derecho a la integridad personal es hoy un elemento central en el sistema internacional de protección de los derechos humanos y esto se refleja tanto en las normas que buscan su protección como en el acervo jurisprudencial que se ha desarrollado por la Corte IDH.

La Convención Americana consagra un principio general de protección de la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral. Además, establece ciertas prohibiciones específicas como la de tortura y otros tratos y penas crueles inhumanas y degradantes.

A consecuencia de la especial naturaleza de la prohibición de tortura, se ha hecho necesario que la Corte no sólo distinga dicha práctica de otras formas de afectación a la integridad personal, sino que ha detallado las diversas consecuencias de una violación a este derecho.

[129] Corte IDH. *Caso Lori Berenson*, párr. 101. En el mismo sentido se pronuncia en Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, párr. 223.

Dentro de las obligaciones del Estado en esta materia destacan las obligaciones de prevención (orgánicas, normativas y procedimentales) como las formas de protección frente a las amenazas a este derecho (hábeas corpus) y las obligaciones de respuesta en caso de violación del derecho (investigar y sancionar). Esto cobra especial relevancia en casos de violencia institucionalizada y casos de violaciones graves y sistemáticas.

Asimismo, es relevante que la Convención y la jurisprudencia de la Corte traten una serie de temas relacionados con la integridad personal como es derechos de las personas privadas de libertad, migrantes, niños y niñas, entre otros grupos en condiciones de especial vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos.

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Jurisprudencia y doctrina relevantes

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009.

Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1 de 29 septiembre 1997.

Documentos relevantes

Proyecto de Convención sobre derechos humanos, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta final, Santiago de Chile, septiembre 1959, documento de la Organización de los Estados Americanos CIJ-43.

Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proyecto de Convención sobre derechos humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser/.L/V/II.15/doc.26.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969 – Actas y Documentos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

O'DONNELL, Daniel, "Capítulo 3, Esclavitud, servidumbre, trata o tráfico de personas y trabajo forzoso", en *Derecho internacional de los derechos humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, págs. 233 - 270.

Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/71 de 22 de diciembre de 2004.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/62 de 20 de febrero de 2006.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, documento de las Naciones Unidas A/HRC/4/23 de 24 de enero de 2007.

Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la Sra. Joy Ngozi Ezeilo, documento de las Naciones Unidas A/HRC/10/16 de 20 de febrero de 2009.

Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian - Informe temático sobre el matrimonio servil, documento de las Naciones Unidas A/HRC/21/41 de 10 de julio de 2012.

Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, documento de las Naciones Unidas A/HRC/18/30 de 4 de julio de 2011.

Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, documento de las Naciones Unidas A/HRC/15/20 de 28 de junio de 2010.

Índice

I. Introducción

Desde el siglo XIX se registraron las primeras iniciativas internacionales para prohibir la esclavitud así como la trata de esclavos y de mujeres.[1] En la segunda década del siglo XIX se dan los primeros avances en esa dirección con el Tratado de París y el Congreso de Viena de 1814, encaminados a más a prohibir la trata de esclavos que la esclavitud en sí misma. El proceso se cristalizaría con la llamada “Conferencia antiesclavista” de Bruselas, celebrada en entre 1889 y 1890, y al término de la cual sería adoptado el Tratado de Bruselas de 1890, facultando a los Estados Partes a reprimir en alta mar el tráfico de esclavos. Con la Convención de Saint-Germain-en-Laye de 1919, los Estados Partes afirmaron su propósito de lograr la completa supresión de la trata de esclavos por tierra y por mar. En 1094, sería suscrito el Acuerdo Internacional contra la “Trata de Blancas” (París) y en 1919 sería aprobada la *Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas*. En el ámbito americano, cabe destacar el *Código de derecho internacional privado*, o *Código Bustamante*, suscrito en la Habana, el 13 de febrero de 1928.[2] Este Código facultó a los Estados Partes a ejercer su jurisdicción penal extraterritorialmente para una serie de delitos como “la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas”.[3] Con la creación de la Sociedad de las Naciones, en 1919, se darían pasos para la elaboración del primer tratado con vocación universal contra la esclavitud. En efecto, en 1924, por mandato Consejo de la Sociedad de las Naciones, la Comisión Temporal sobre la Esclavitud iniciaría los trabajos de redacción. Así, en

1 Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal,* Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid , 1955, págs. 338 y ss.

2 El Código Suscrito en la VI Conferencia Internacional Americana, por los presidentes de Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.

3 Artículo 308.

1926 sería adoptado el primer tratado con vocación universal: la *Convención sobre la Esclavitud*. Esta Convención, que ha sido complementado por sucesivos tratados,[4] *sigue siendo la piedra de toque de toda la normatividad en la materia.* Igualmente en el ámbito del derecho de la guerra, esta prohibición fue tempranamente incorporada con el *Código de Lieber*[5] de 1863.

La prohibición de los trabajos forzosos empezó a cristalizarse en el marco de la protección de los prisioneros de guerra, con el Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, así que en el marco de la OIT, con el *Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso*. Posteriormente, en 1957, sería adoptado por la OIT el *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso*. En el ámbito del el Derecho Internacional Humanitario, la prohibición sería desarrollada posteriormente con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977.

II. La Convención Americana y el derecho internacional

La *Convención Americana* regula las cuestiones de la esclavitud, la servidumbre y de los trabajos forzosos en una doble dimensión: por un lado como un derecho a no ser sometido a ellos y, por otro, como una prohibición de cometer tales conductas. A pesar de su intitulado "Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre", el artículo 6 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* contiene tres prohibiciones: i) la esclavitud; ii) la servidumbre ; y iii) el trabajo forzoso u obligatorio. Esta norma fue incluida desde los primeros proyectos de Convención.[6] En efecto, aun cuando la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* no consagró expresamente estas prohibiciones, durante el proceso de redacción de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* los Estados decidieron incluir estas prohibiciones teniendo en cuenta las proposiciones formuladas por la delegación de la OIT.[7]

La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos está consagrada en numerosos instrumentos internacionales, además de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Ello resulta de peculiar importancia, toda vez que hay poca jurisprudencia interamericana respecto de estas cuestiones. De tal suerte que la jurisprudencia producida por cortes u órganos internacionales de derechos humanos resulta de gran utilidad. Así, cabe destacar:

La Declaración Universal de Derechos Humanos;[8]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;[9]

---

[4] Así, por ejemplo: el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 (1953) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956).

[5] Artículo 23.

[6] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Washington, 1973, pág. 102.

[7] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969 – Actas y Documentos, Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 296.

[8] Artículo 4 Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

[9] Artículo 8: 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párr.: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia. iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;[10]

La Convención sobre los Derechos del Niño;[11]

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;[12]

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados;[13]

El Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, de la Internacional del Trabajo;[14]

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;[15]

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad;[16]

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;[17]

---

10 Artículo 6: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

11 Artículo 34: Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos; Artículo 35: Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

12 Artículo 1:Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo; Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

13 El preámbulo del Protocolo recuerda que, de conformidad con el Convenio No. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados constituye una modalidad prohibida de trabajo infantil.

14 Artículo 3: A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca:
a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

15 Artículo 11: 1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre. 2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzosos u obligatorios. 3. El párrafo 2 del presente artículo no obstará para que los Estados cuya legislación admita para ciertos delitos penas de prisión con trabajos forzosos puedan imponer éstos en cumplimiento de sentencia dictada por un tribunal competente. 4. A los efectos de este artículo, la expresión "trabajos forzosos u obligatorios" no incluirá: a) Ningún trabajo o servicio, no previsto en el párr. 3 de este artículo, que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional; b) Ningún servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; c) Ningún trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate.

16 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

17 Artículo 4: 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo: a) todo

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos;[18] y

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales,[19] adoptada por la Organización de los Estados Americanos en Río de Janeiro (Brasil) en 1947.

Varios autores han señalado la dificultad práctica para diferenciar la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos. Así, por ejemplo, lo señala Daniel O'Donnell, "Las fronteras entre las diferentes formas de explotación de la persona no están muy delimitadas (….) Si bien la esclavitud no se confunde con el trabajo forzoso, hay una zona gris entre esclavitud y servidumbre, y otra entre servidumbre y trabajo forzoso".[20] No obstante, la Comisión Interamericana ha considerado que "El trabajo forzoso se distingue del concepto de esclavitud al no incluir el elemento de propiedad, no obstante, existe un grado de restricción de la libertad individual similar a la esclavitud, que en algunos casos puede ser por medio del uso de la violencia".[21]

III. Derechos inderogables y prohibiciones de jus cogens

El artículo 27.2 de la CADH establece que los derechos a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados son derechos humanos fundamentales que no pueden ser suspendidos por los Estados en ninguna circunstancia, incluso en "caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte".

Este carácter de derechos intangibles debe ser valorado con el tratamiento que le otorga el Derecho internacional a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados. En efecto, hay que recordar que la prohibición de la esclavitud y servidumbre, y en particular de la trata de esclavos y la trata de mujeres, así como los trabajos forzados son normas del derecho de gentes.[22] La CIJ, en su sentencia en el *Caso Barcelona Traction*, reconoció la prohibición de la esclavitud como parte del derecho internacional general o consuetudinario vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional.[23] Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "[l]a prohibición de

trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutorio del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

18 Artículo 4.

19 Artículo 16. Los menores de 14 años y los que habiendo cumplido esa edad, sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo. Las autoridades encargadas de vigilar el trabajo de estos menores podrán autorizar su ocupación cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos y siempre que ello no impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria. La jornada de los menores de 16 años no podrá ser mayor de 6 horas diarias o de 36 semanales, en cualquier clase de trabajo. Artículo 17. Es prohibido el trabajo nocturno y en las labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años; las excepciones referentes al descanso hebdomadario contenidas en la legislación de cada país, no podrán aplicarse a estos trabajadores.

20 O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos- Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 241.

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009, párr. 52.

22 Ver entre otros: González- Hontoria, Manuel y Fernández, Ladreda, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Parte Primera – Libro III , Parte Segunda – Libros IV y V, Talleres Voluntad, Madrid, 1928, págs. 362 y ss; y Moyano Bonilla, César, *Soberanía y Derechos Humanos*, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Liber Amicorum, Fix-Zamudio, Héctor, Volumen II, Ediciones Corte Interamericana de Derechos Humanos - Unión Europea, Costa Rica, 1998, págs. 1139 y 1143.

23 Corte Internacional de Justicia, caso Barcelona Traction, segunda fase, sentencia del 5 de febrero de 1970, párrs. 34-35. En el mismo sentido ver: Corte Internacional de Justicia, Caso de Timor Oriental (Portugal vs. Australia), Informes 1995, 90 en p.102.

la esclavitud y prácticas similares forman parte del derecho internacional consuetudinario y del *jus cogens*".[24]

Las prohibiciones de la esclavitud –en todas sus formas–, la servidumbre y del trabajo forzoso no están circunscritos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Varias ramas del derecho público internacional abordan y regulan estas cuestiones y constituyen un referente jurídico indispensable en la materia. No huelga recordar aquí que la propia CADH, a su artículo 29, remite a otros instrumentos internacionales para la interpretación de los derechos y obligaciones estipuladas por el Pacto de San José. Así cabe destacar el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario.

Estas prohibiciones están igualmente reflejadas en el Derecho Penal Internacional. Como bien lo ha señalado la Comisión IDH "la esclavitud y el trabajo forzoso, practicados, por funcionarios públicos o particulares, en contra de cualquier persona, constituyen no sólo una violación de los derechos humanos, sino también representan un delito penal internacional independientemente de que un Estado haya ratificado o no las convenciones internacionales que prohíben estas prácticas".[25] En ese contexto, hay que destacar que la práctica masiva, a gran escala o sistemática de la esclavitud, la esclavitud sexual y del tráfico de personas constituyes crímenes de lesa humanidad. Así, además de los diferentes tratados prohibiendo la esclavitud y otras formas análogas,[26] cabe mencionar:

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (artículo 6,c);

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokyo (artículo 5, c);

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1996);

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (artículo 5,c);

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 3,c);

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (artículo 2,c y g);

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Artículo 7,1,c y g);

Reglamento No. 2000/15 de 6 de junio de 2000 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (artículo 5,1,c y g).

En este contexto, es importante resaltar que la esclavitud y la trata de esclavos fueron declarados un crimen de lesa humanidad por la *Conferencia Regional de las Américas*, celebrada por los Estados de la región en Santiago de Chile del 5 al 7 de diciembre de 2000, y por la *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, celebrada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001.

Asimismo, la esclavitud, la trata de esclavos, la esclavitud sexual cometidos con ocasión a un conflicto armado, sea internacional o interno, constituyen crímenes de guerra. Así cabe destacar que, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra estipula la prohibición de "la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas" como una garantía fundamental para las personas civiles y las personas fuera de combate.[27] El Comité Internacional de la Cruz Roja

---

[24] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009, párr. 54.

[25] *Ibid.*

[26] La Convención sobre la Esclavitud, de 1926; el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, de 1953; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956; y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional.

[27] Artículo 4 (2,f) del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de

ha concluido que la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos es "regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales".[28]

IV. Relación con otros derechos humanos y/o prohibiciones del derecho internacional

Los derechos a no ser sometidos a la esclavitud, la servidumbre y a los trabajos forzosos están estrechamente relacionados con otros derechos humanos consagrados y protegidos por la CADH y/o prohibiciones establecidas por el derecho internacional. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que "[l]a esclavitud, servidumbre y el trabajo forzoso muchas veces conllevan violaciones de otros derechos humanos fundamentales bajo la Convención Americana y otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos, tales como el derecho de todas las personas a la libertad, a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, la libertad de circulación, de acceso a la justicia, de libertad de expresión y de asociación y de identidad".[29]

No obstante es necesario precisar que la esclavitud y la servidumbre están íntimamente ligadas al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado y amparado por los artículos 3º de la CADH y artículo XVII de la DADDH. Este derecho de trascendental importancia significa la capacidad de todo ser humano de ser "sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".[30] La servidumbre y, *a fortiori*, la esclavitud conllevan inherentemente una vulneración de este derecho fundamental.

Asimismo, la imposición de trabajos forzosos, fuera de las excepciones previstas por los parágrafos 2 y 3 del artículo 6 de la CADH y el derecho internacional, está estrechamente relacionada con el derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagrado y amparado por el artículo 5(2) del Pacto de San José. Más aún, en determinadas circunstancias, la imposición ilegal de trabajos forzosos puede constituir, además de una violación del artículo 6 del Pacto de San José, en modalidades de tortura, de conformidad con el artículo 2 (1) de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.*[31]

V. De la esclavitud y de la servidumbre

Si bien la CADH prohíbe la esclavitud y la servidumbre, el Pacto de San José no proporciona una definición de estas prácticas. Al definir la esclavitud, la trata de seres humanos y la servidumbre, la Comisión Interamericana se ha basado esencialmente en las definiciones provistas por la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926 y la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 1956, así como en posteriores instrumentos internacionales.[32] En esa línea, la Comisión Interamericana ha concluido que la esclavitud

las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

28 Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Volumen I, Normas, Ediciones Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 372 ("Norma 94. Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas".).

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia,* documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009, párr. 58.

30 XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

31 El artículo 2 (1) prescribe que "[…] se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia,* documento de la Organización de los Estados Americanos

se caracteriza por el ejercicio de la propiedad sobre un individuo y “puede tener las siguientes tres dimensiones fundamentales: el control por otra persona, la apropiación de la fuerza de trabajo y la utilización o la amenaza de utilización de la violencia”.[33]

1. Marco jurídico de referencia

Así, para determinar si un comportamiento constituye una modalidad de esclavitud, servidumbre u otra práctica análoga, se requiere acudir a otros instrumentos internacionales y en particular:

La Convención sobre la Esclavitud, de 1926;

El Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, de 1953;

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956;

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional (Protocolo de Palermo);

El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; y

La Convención Interamericana sobre el Tráfico internacional de Menores.

En su Artículo 1, la *Convención sobre la Esclavitud* trae las siguientes definiciones:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Por su parte, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud trae las siguientes definiciones generales como acerca de las prácticas análogas a la esclavitud. En cuanto a las definiciones generales, esta Convención prescribe a su Artículo 7:

a) La ‘esclavitud’, tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición;

b) La expresión ‘persona de condición servil’ indica toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención;

c) ‘Trata de esclavos’ significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

Respecto de las prácticas análogas a la esclavitud, la Convención identifica las siguientes:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no

OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009, párrs. 47 y 48.

[33] *Ibidem*, párr. 50.

se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

El Protocolo de Palermo, en su artículo 3, señala como modalidades de *trata de personas:* la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; los trabajos o servicios forzados; la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud; la servidumbre; y la extracción de órganos. En particular su Artículo 3 define la “trata de personas” como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La *Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores* al reprimir está práctica establece que por “Tráfico internacional de menores” se entiende la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor de 18 años con propósitos o medios ilícitos. La Convención establece que los “’[p]ropósitos ilícitos’ incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito” y que los ’[m]edios ilícitos’ incluyen, entre otros, “secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito”.[34]

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define la esclavitud como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.[35] Es importante destacar que el Tribunal de los Estados Unidos en Nuremberg precisó que “la servidumbre involuntaria, aunque esté atenuada por un trato humano, sigue siendo esclavitud”.[36]

[34] Artículo 2.

[35] Artículo 7(2,c).

[36] Tribunal Militar (Estados Unidos) de Nuremberg, Pohl case, citado en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Volumen I, Normas, Ediciones Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 376.

2. Desarrollo jurisprudencial y doctrinario

La jurisprudencia y doctrina interamericanas no son muy prolíficas en esta materia. No obstante, la Comisión Interamericana ha desarrollado una importante doctrina interpretativa en informes sobre la situación de derechos humanos relativos varios a países. Si bien los instrumentos internacionales citados anteriormente proveen definiciones de esclavitud, trata de seres humanos, servidumbre y otras prácticas análogas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado varios criterios para determinar si un comportamiento cabe dentro de estas conductas prohibidas. Así, la Comisión IDH ha precisado:

> Al analizar las características de las formas contemporáneas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, deben considerarse varios factores tales como: “i) el grado de restricción del derecho inherente de la persona a la libertad de circulación; ii) el grado de control de la persona sobre sus pertenencias personales; y iii) la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena comprensión de la naturaleza de la relación entre las partes.[37]

Así, en un informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, la Comisión IDH calificó de esclavitud la práctica de obligar a peones a trabajar sin salario, mediante violencia, tortura y amenaza de muerte.[38] En un informe sobre la situación de derechos humanos en Bolivia, la Comisión Interamericana consideró que la situación de numerosas “familias indígenas que viven en haciendas donde deben trabajar a cambio de cantidades ínfimas de dinero como contraprestación [y que], para satisfacer sus necesidades básicas, tengan que ‘endeudarse’ con sus patrones” constituía un “caso de servidumbre por deudas análogo a la esclavitud prohibido por el derecho internacional”.[39]

En una decisión de admisibilidad, en un caso relativo a una masacre en el que campesinos fueron obligados por miembros de un grupo paramilitar a “tocar sus instrumentos musicales y a pastorear las reses robadas mientras los paramilitares daban muerte a otros habitantes de la zona”, la Comisión Interamericana consideró *prima facie* que ello podía constituir una violación de la prohibición de la esclavitud y servidumbre.[40] En otra decisión de admisibilidad, relativa a un caso de una masacre en el cual 17 menores de edad sobrevivientes fueron obligados por los victimarios a convivir y a trabajar durante casi dos años para ellos, la Comisión Interamericana consideró *prima facie* que ello podía constituir una violación de la prohibición de la esclavitud y servidumbre.[41] Asimismo, en un “voto fundamentado” en otra decisión de admisibilidad, varios miembros de la Comisión Interamericana consideraron que las condiciones extremas de trabajo que causen daño a la integridad física, psíquica o moral de una persona pueden constituir una forma de “servidumbre involuntaria”.[42] En un estudio especial, la Comisión Interamericana ha considerado que el reclutamiento militar obligatorio de menores, practicado tanto por las Fuerzas gubernamentales como por los grupos armados disidentes, constituye “pura y simplemente situaciones similares a la esclavitud y de servidumbre forzada”.[43]

---

37 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia,* documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009, párr. 51.

38 Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1 de 29 septiembre 1997, Capítulo VII, párr. 39.

39 Informe de seguimiento- Acceso a las Justicia e inclusión social: el Camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser/L/V/II.135 Doc. 40 de 7 agosto 2009, párr. 166.

40 Informe No. 15/09 de 19 de marzo de 2009 (admisibilidad), Petición No. 1/06, Caso Masacre y desplazamiento forzado de los Montes de María (Colombia), párr. 65.

41 Informe No. 13/08 de 5 de marzo de 2008 (admisibilidad), Petición No. 844/05, Caso Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros (Guatemala), párr. 96.

42 Voto fundamentado de los miembros de la Comisión Paolo G. Carozza, Evelio Fernández Arévalo y Clare K. Robert, en Informe de Admisibilidad No. 29/07 de 26 de abril de 2007, Petición 712-03, Caso Elena Téllez Blanco (Costa Rica).

43 Capítulo VI “Estudios especiales”, “Recomendación general sobre la erradicación del reclutamiento y de la participación de niños en conflictos armadas”, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 de 13 abril 2000.

Como se puede inferir de los anteriores párrafos, las definiciones de la esclavitud y la servidumbre han venido evolucionando con el desarrollo del derecho internacional y la adopción de nuevos instrumentos internacionales. Esta evolución se ha caracterizado por ampliar el espectro de las conductas prohibidas en procurar de aumentar el umbral de protección internacional del ser humano. En este orden de ideas, los trabajos de *la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, de las Naciones Unidas, resultan de gran utilidad para identificar los comportamientos que caben dentro de las conductas prohibidas.

Así, al examinar la práctica de la servidumbre domestica, la Relatora Especial ha precisado que "[l]a esclavitud y la servidumbre tienen en común que la víctima está explotada económicamente, depende totalmente de otros y no puede terminar la relación por voluntad propia. En los casos de esclavitud, según la definición clásica de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, quien la practica pretende tener un derecho de 'propiedad' sobre la víctima sustentado en la costumbre, la práctica social o la legislación nacional, aunque viole el derecho internacional. En los casos servidumbre y prácticas análogas a la esclavitud no existe tal pretensión de propiedad formal. Esto no significa que la servidumbre constituya un grado menor de violación de los derechos humanos: la humillación, la explotación y el sufrimiento pueden ser igual de intensos o más según la naturaleza de cada caso. […] La servidumbre doméstica y la esclavitud doméstica se pueden distinguir por el hecho de que la explotación se produce en primer lugar en o en torno al hogar de quienes las practican. En muchos casos, estos fenómenos van acompañados de otras formas de servidumbre y esclavitud. Además de tener que ocuparse de las tareas domésticas, por ejemplo, una víctima puede estar obligada a trabajar en faenas agrícolas o en el mercado o a ejercer la prostitución".[44]

La Relatora Especial: ha identificado modalidades de servicio o trabajo doméstico que constituyen formas de servidumbre o esclavitud doméstica:

El servicio doméstico en condiciones infrahumanas de trabajo;

La servidumbre doméstica como pago de deudas, o "trabajo cautivo";

La explotación de niños en el trabajo doméstico;

La servidumbre doméstica en los matrimonios forzados y los matrimonios de niños;

La servidumbre doméstica de migrantes, cuando su estatus migratorio o de residencia es precario y esta situación es aprovechada por los empleadores ; y

La servidumbre resultante de la explotación económica de fuerte dependencia, esto es situaciones en que la explotación económica en que la víctima depende tanto del victimario que no puede abandonar esa situación de explotación.

Al respecto de esta última modalidad, la Relatora Especial ha precisado que "[l]a dependencia en este contexto puede ser resultado de toda una serie de factores físicos, económicos, sociales, culturales y jurídicos. Aunque cada uno de estos factores puede no ser lo suficientemente poderoso por sí mismo para crear la aguda dependencia que caracteriza a la servidumbre, pueden reforzarse unos a otros creando una red de factores de dependencia que la víctima no puede sortear".[45]

Respecto de la explotación infantil, la Relatora Especial ha precisado que aunque el derecho internacional no la define claramente, esta práctica debe examinarse a la luz de los artículos 32 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 32 de la Convención consagra el derecho del niño "a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social". El artículo 36 establece que los Estados Partes de la Convención "protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto

[44] Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, documento de las Naciones Unidas A/HRC/15/20 de 28 de junio de 2010, párrs. 25 y 26.

[45] *Ibidem*, párr. 47.

de su bienestar". Así, la Relatora Especial ha precisado que constituyen modalidades de explotación infantil "el trabajo que impone una carga demasiado onerosa al niño, el trabajo que pone en peligro la seguridad, la salud o el bienestar del niño, el trabajo que se beneficia de la indefensión del niño, el trabajo que lo explota como reemplazo a bajo precio del trabajo del adulto, el trabajo que se sirve de los esfuerzos del niño pero que no aporta nada a su desarrollo, y el trabajo que obstaculiza su educación o formación y, por consiguiente, constituye un menoscabo para su porvenir".[46]

La Relatora especial ha igualmente señalado como una de las prácticas análogas a la esclavitud la del "matrimonio servil", esto es "las formas de matrimonio forzoso [en las que] se reducen a uno de los cónyuges a la condición de una persona sobre la que se ejercen una parte o la totalidad de los poderes atribuidos al derecho de propiedad".[47]

VI. Los trabajos forzosos

El artículo 6 de la Convención Americana, a similitud con la esclavitud y la servidumbre, no trae una definición de trabajo forzoso u obligatorio. Sin embargo, se puede afirmar que trae una definición por negación al precisar que no constituye trabajo forzoso u obligatorio. Así, para determinar si un comportamiento constituye una modalidad de trabajo forzoso u obligatorio prohibido por el derecho internacional se requiere acudir a otros instrumentos internacionales, como lo señala la práctica de la Corte y Comisión Interamericanas. Esta práctica no es exclusiva del sistema interamericano, toda vez que otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos – tanto universales como regionales – tampoco traen una definición de trabajo forzoso u obligatorio. Así, por ejemplo, el TEDH ha recurrido a las definiciones provistas por los Convenios de la OIT – y en particular el Convenio No. 105 – al examinar si una situación se puede caracterizar como trabajo forzoso.[48]

1. Marco jurídico de referencia

Al examinar el artículo 6.2 de la CADH, la Corte IDH ha precisado que:

> [a]l analizar el contenido y alcance de dicho artículo [se debe tener en cuenta], a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, la significación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio. […] los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[49]

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana ha considerado:

> útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Forzoso, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[50]

---

[46] Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, documento de las Naciones Unidas A/HRC/18/30 de 4 de julio de 2011, párr. 24.

[47] Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian - Informe temático sobre el matrimonio servil, documento de las Naciones Unidas A/HRC/21/41 de 10 de julio de 2012, párr. 13.

[48] Ver por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 23 de noviembre de 1983, Asunto Van der Mussele vs.. Bégica (Caso No. 8919/80)

[49] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 154 y 155.

[50] *Ibidem*, párr.157.

En ese orden de ideas, cabe destacar entre otros instrumentos internacionales:

El Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso;

El Convenio No. 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso;

La Convención sobre los Derechos del Niño;[51]

El Convenio No. 182 de la OIT relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil;

El Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas;

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas;

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos;[52]

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad;[53]

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores;[54]

'Una alianza contra el trabajo forzoso', Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión de 2005.

El trabajo forzoso u obligatorio es definido por el artículo 2 (1) del Convenio No. 29 de la OIT como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente". Por su parte, el Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas prescribe que los "trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas".[55]

2. Desarrollos jurisprudenciales interamericanos

Al considerar la definición de trabajo forzoso del Convenio No. 29 de la OIT, la Corte Interamericana concluyó que ésta consta de dos elementos básicos: "[e]n primer lugar, el trabajo o el servicio se exige 'bajo amenaza de una pena'. En segundo lugar, estos se llevan a cabo de forma involuntaria".[56] Respecto del primer elemento, esto es la "amenaza de una pena", la Corte precisó que esta "puede consistir en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares".[57] Respecto del segundo elemento, la Corte consideró que "(l)a 'falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio' consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica".[58] Además, la Corte consideró que, para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención Americana, es necesario que la presunta

[51] Artículo 32.

[52] Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

[53] Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

[54] Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

[55] Artículo 20 (3).

[56] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 160.

[57] *Ibidem*, párr. 161.

[58] *Ibidem*, párr. 164.

violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos.[59]

La Corte Interamericana examinó un caso en el que, luego de cometer una masacre contra la población, un grupo paramilitar obligó, durante aproximadamente 17 días y "contra su voluntad y a riesgo de perder sus vidas en caso de oponerse a ello", a un grupo de campesinos a recoger y trasladar un ganado caballar, mular y vacuno robado. Se estableció en ese caso que las autoridades militares locales, no solamente estaban implicadas en la masacre, sino que tenían conocimiento del robo del ganado y no sólo no impidieron que los paramilitares obligaran a realizar trabajos forzosos a los pobladores, sino que favorecieron la imposición de estos. La Corte concluyó que el Estado había violado "el derecho a no ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, consagrado en el artículo 6.2 [de la Convención Americana]".[60]

3. De las excepciones

Los párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la Convención Americana precisan que ciertos tipos de trabajos impuestos a los individuos no constituyen trabajo forzoso u obligatorio y por ende pueden ser impuestos legítimamente bajo el derecho internacional. En este contexto es relevante señalar que el artículo 2 (2) del Convenio No. 29 de la OIT precisa que no constituyen formas prohibidas de trabajo forzoso u obligatorio las siguientes modalidades:

a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población;

e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Sin embargo, para ello es preciso tener en cuenta que el artículo 1 del Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso prohíbe toda forma de trabajo forzoso u obligatorio empleada:

a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;

b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;

c) Como medida de disciplina en el trabajo; d) Como castigo por haber participado en huelgas;

---

[59] *Ibidem*, párrs. 160 y 166.

[60] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 426, punto resolutivo 4.

e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.[61]

4. Los trabajos forzosos como pena accesoria a la pena privativa de la libertad

La primera excepción la constituye la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos impuesta por juez o tribunal competente, prevista en el párrafo 2 del artículo 6 de la Convención. Por su propia definición, esta excepción hace parte de la esfera del derecho penal. Ella implica una obligatoria referencia a los artículos 5, 8 y 9 de la Convención Americana y requiere de cierta precisión acerca de su alcance y contenido.

En primer lugar, la excepción está limitada a personas condenadas por delitos que "tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos". Por una parte, esto tiene una primera consecuencia: tales trabajos forzosos no se pueden imponer a personas procesadas detenidas preventivamente y que no han sido condenadas. Por otra parte, esta excepción conlleva obligatoriamente a referirse al principio de legalidad de los delitos y de las penas, *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*, consagrado y amparado por el artículo 9 de la Convención Americana así como por el derecho internacional.[62] Cabe recordar que la imposición de penas por analogía por conductas no establecidas como delitos en la legislación penal es incompatible con el principio de legalidad de los delitos.[63] Así, los trabajos forzosos imponibles deben estar previstos en la legislación penal para el delito por el cual la persona fue condenada. De lo contrario se estaría en la esfera de la prohibición del trabajo forzoso.

En segundo lugar, tal tipo de pena sólo puede ser impuesta por un tribunal independiente, imparcial y competente, luego de un proceso en el que se haya observado las garantías inherentes del debido proceso legal del artículo 8 de la Convención Americana. Así, por ejemplo, la imposición de trabajos forzosos a civiles por tribunales militares constituye una violación del artículo 6 (2) de la Convención Americana, toda vez que como lo ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte IDH la jurisdicción penal militar no tiene competencia para juzgar y sancionar civiles.[64] Así la Corte interamericana ha precisado que:

> la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias [...] El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles [...] en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas.[...] Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori* el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrese íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.[65]

La Corte ha recordado que:

---

[61] Artículo 1.

[62] Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Artículo 75 (4,c) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I):, y Artículo 6 (2,c) del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

[63] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Popular Democrática de Corea, CCPR/ CO/72/PRK, de 27 de agosto de 2001, párr. 14.

[64] Ver entre otros: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; y Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119. En el mismo sentido ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, documento OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II "Administración de justicia y estado de derecho"; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, documento OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, documento OEA/Ser.l/V/II.17; Resolución "Terrorismo y Derechos Humanos", del 12 de diciembre de 2001; e Informe Terrorismo y Derechos Humanos Documento OEA/ Ser.L/V/ll.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002.

[65] Corte IDH. *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 128.

> [e]n un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.[66]

Lo anterior es igualmente predicable de imposición de trabajos forzosos a exmilitares condenados por tribunales militares por delitos cometidos cuando no ostentaban la calidad de militar. En efecto la Corte Interamericana ha concluido reiteradamente que el juzgamiento por tribunales castrenses de ex militares por delitos cometidos cuando ya no tenían la condición de militar viola el principio del juez natural y el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y competente.[67] La Corte señala reiterado que "la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y, por ende, los civiles y militares en retiro no pueden ser juzgados por tribunales militares".[68]

Finalmente, en tercer lugar, la excepción sólo es admisible si además de los anteriores requisitos, si estos trabajos forzosos no afecten la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluido, como lo prescribe el párrafo 2 del artículo 6 de la Convención Americana. A este respecto, debe valorarse en cada caso específico si este trabajo impuesto constituye o no una forma de pena cruel, inhumana o degradantes, prohibida por el derecho internacional y en particular el artículo 5 (2) de la Convención, o que atente contra la integridad física, psíquica o moral del preso. En este orden de ideas, resulta de primera importancia que se observen los estándares internacionales sobre los trabajos penitenciarios y las salvaguardas para proteger la integridad de las personas privadas de libertad, y en particular:

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos;[69]

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad;[70]

las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing);[71] y

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

5. Trabajos o servicios normalmente exigibles de los detenidos

La excepción prevista por el literal a) del parágrafo 3 del artículo 6 de la Convención, está referida a "los trabajos o servicios que se exijan de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente". Se trata de una hipótesis distinta a la excepción prevista el parágrafo 2 del mismo artículo, en cuanto esta última se refiere a los trabajos forzosos como pena accesoria a una pena de privación de libertad. Ciertamente, esta excepción se puede predicar tanto de personas condenadas como en detención preventiva, toda vez que la norma interamericana hace referencia a "una sentencia o resolución formal". En efecto, en el proceso de redacción de la CADH, al redactar esta cláusula se hizo hincapié en que esta excepción abarcaba igualmente a las "personas detenidas aunque no se hubiera pronunciado una condena".[72]

---

66 *Ibidem*, párr. 113.

67 Ver *inter alia*: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, Serie C No. 69; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; y Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

68 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009- Serie C No. 207, párr. 111.

69 Ver Reglas Nos. 24, 65, 70 a 76 y 81.

70 Ver Reglas Nos. 17(b), 44, 45, 46 y 67.

71 Ver Reglas Nos. 11 y 27, los correspondientes comentarios.

72 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969 – Actas y Documentos, Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 129.

No obstante, para que esta imposición de trabajo o servicio obligatorio sea legítima debe provenir de una "autoridad judicial competente". Ello conlleva a una remisión al concepto de juez o tribunal independiente, imparcial y competente. En ese sentido, son aplicables las consideraciones arriba anotadas acerca de esa noción en relación con la excepción anterior.

Asimismo, es importante destacar que el literal a) del parágrafo 3 del artículo 6 de la Convención hace referencia a "trabajos y servicios que se exijan *normalmente* de una persona recluida" (énfasis añadido). Esta condición requiere hacer referencia a los instrumentos internacionales que regulan los trabajos de los presos y detenidos. En ese contexto son relevantes las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*[73] y los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.*[74] En ese contexto, es importante destacar que tales trabajos o servicios no pueden tener un carácter aflictivo o afectar la dignidad o la capacidad física e intelectual del recluido, ni tampoco ser de naturaleza punitiva.[75]

Finalmente, para que estos trabajos o servicios no sean considerados dentro de la esfera de trabajos forzosos prohibidos, se requiere que sean realizados bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas. Asimismo se prohíbe que los reclusos sean puestos "a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado". Esta última salvaguarda, consistente con el Convenio No. 29 de la OIT, tiene por objetivo impedir el trabajo forzado de los presos para compañías privadas, práctica prohibida y que fuera ampliamente empleada por el III Reich y aún en algunos países como Myanmar. Esta salvaguarda está igualmente relacionada con el *Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso* que estipula que "[l]as autoridades competentes no deberán imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado".[76]

6. El servicio militar y el servicio alternativo al servicio militar obligatorio

El literal b) del párrafo 3 del artículo 6 de la Convención Americana prevé una tercera excepción: "el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél". Esta excepción esta estrechamente relacionada, por una parte, con el XXXIV de la DADDH[77] y, por otra parte, con el derecho a la objeción de conciencia.[78] Si bien éste último no está explícitamente consagrado en la Convención Americana, aun cuando sí implícitamente en el artículo 12 del Pacto de San José, sí está ampliamente reconocido y protegido por el derecho internacional.[79] La Comisión IDH ha concluido que la Convención Americana ampara el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, al leerse su artículo 12 conjuntamente con su artículo 6(3,b).[80]

Para que esta excepción tenga validez frente al servicio civil o alternativo al servicio militar obligatorio, éste debe ser regulado por ley y no estar al capricho de las autoridades militares, por una parte, y no

73 Ver Reglas Nos. 70 a 76.

74 Ver principio XIV.

75 Ver Regla No. 71 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y principio XIV de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

76 Artículo 4 (1).

77 El Artículo XXXIV prescribe que "[t]oda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz. […].

78 Sobre la "objeción de conciencia", véase también el comentario al artículo 12, de Marco Huaco Palomino, contenido en esta obra.

79 Ver *inter alia*: Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 22 - Artículo 18, en documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.3, pág. 44; Comité de Derechos Humanos, decisión de 11 de abril de 1990, Comunicación No. 402/1990, Caso Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof (Países Bajos); "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos – España", documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.61, 3 de abril de 1996, par. 15; "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos – Francia", documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.80, 4 de agosto de 1997, par. 19; y el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar (Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1997/99 de16 de enero de 1997).

80 Ver, *inter alia*, Informe No. 43/05 de 10 de marzo de 2005, Petición 12.219, Caso Cristián Daniel Sahli Vera y otros (Chile), párr. 86.

ser impuesto en condiciones que le den un carácter punitivo en represalia al legítimo ejercicio del derecho de objeción de conciencia, por otra parte. Así, la naturaleza del servicio alternativo impuesto, las condiciones en que se debe prestar y su duración, son factores relevantes para determinar si se configura la excepción o se está ante la prohibición del trabajo forzoso. El servicio alternativo debe ser compatible con los motivos de la objeción de conciencia, de carácter civil, en el interés público y no ser de una naturaleza punitiva. En cuanto a la duración, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que si bien "la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que esas diferencias pueden, en casos particulares, justificar un período de servicio más largo, si la diferenciación se basa en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio en cuestión o la necesidad de una formación especial para prestarlo".[81] El Comité ha considerado que cuando se amplía la duración del servicio como una "forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo", se está en presencia de una violación del derecho a no ser discriminado en razón de la convicción de conciencia.[82] En estos contextos se viola además la prohibición del artículo 6 de la Convención Americana.

7. El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales

Esta cuarta excepción prevista en el literal d del parágrafo 3 del artículo 6 de la Convención Americana, ha sido poco desarrollada por la jurisprudencia internacional. No obstante ello resultan esclarecedores los trabajos de redacción de la CADH.[83] Durante estos trabajo, se hizo referencia al Convenio No. 29 de la OIT y en especial a las conclusiones generales sobre el trabajo forzoso formuladas en 1962 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Así, se entendió que por "obligaciones cívicas normales" las enumeradas en el Convenio No. 29, esto es "[l]os pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos".[84] Igualmente, durante la redacción de la Convención Americana se señalaron como algunas modalidades de "obligaciones cívicas normales", "la participación en un jurado, la obligación de asistir a una persona en peligro, la obligación de ayudar a un representante del orden".

Si bien, como se señaló anteriormente, esta excepción ha sido poco desarrollada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos, resulta de utilidad un dictamen proferido por el Comité de Derechos Humanos en un caso individual. El Comité de Derechos Humanos consideró que "el término 'trabajo forzoso u obligatorio' comprende toda una gama de conductas que abarcan desde el trabajo impuesto a una persona por sanción penal, particularmente en condiciones especiales de coacción o explotación o inaceptables por otro motivo, hasta trabajos menos importantes en circunstancias en las que se amenaza con un castigo como sanción comparable en caso de no efectuarse el trabajo exigido".[85] Al pronunciarse sobre el alcance de la noción de "obligaciones cívicas normales" – contenida tanto en la Convención Americana como en el PIDCP, como una excepción a la prohibición del trabajo forzoso – el Comité consideró que "para que pueda calificarse de obligación cívica normal, el trabajo en cuestión no debe ser, como mínimo, una medida excepcional; no debe tener un propósito o efecto punitivo; y ha de estar prevista por la ley para que tenga un fin legítimo con arreglo al Pacto".[86] Así, en un caso en el cual se le exigió a una persona participar en un programa de trabajo a cambio de la prestación del seguro de desempleo, el Comité consideró que no se había violado la prohibición del trabajo forzoso, ante "la ausencia de un aspecto degradante o deshumanizador del trabajo concreto que se realizó".[87]

---

81 Dictamen de 3 de noviembre de 1999, Comunicación No. 666/1995, Caso Frédéric Foin c. Francia, párr. 10.3.

82 *Ibid*.

83 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos, Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 129.

84 Artículo 2 (2).

85 Dictamen de 31 de octubre de 2005, Caso Bernadette Faure c. Francia, Comunicación No. 1036/2001, párr. 7.5.

86 *Ibid*.

87 *Ibid*.

8. El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenacen la existencia o el bienestar de la comunidad

Está última excepción prevista en el literal c del parágrafo 3 del artículo 6 de la Convención Americana, ha sido igualmente poco desarrollada por la jurisprudencia internacional y los trabajos de redacción de la Convención Americana son parcos en la materia.

Sin embargo, para valorar su alcance resulta relevante el *Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso.* En efecto, su artículo 2 (2, d) enumera diversas situaciones que están cobijadas de manera genérica en la fórmula empleada por el Pacto de San José, al referirse a:

> [c]ualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población.

El artículo 9º del Convenio No. 29 estipula que:

> la autoridad facultada para imponer un trabajo forzoso u obligatorio no deberá permitir que se recurra a esta forma de trabajo sin cerciorarse previamente de que: a) el servicio o trabajo por realizar presenta un gran interés directo para la comunidad llamada a realizarlo; b) el servicio o trabajo es actual o inminentemente necesario; c) ha sido imposible procurarse la mano de obra voluntaria para la ejecución de este servicio o trabajo, a pesar de la oferta de salarios y de condiciones de trabajo iguales, por lo menos, a las que prevalecen en el territorio interesado para trabajos o servicios análogos; d) dicho trabajo o servicio no impondrá una carga demasiado pesada a la población actual, habida cuenta de la mano de obra disponible y de su aptitud para emprender el trabajo en cuestión.

Asimismo, el artículo 11 (1) del Convenio No. 29 prescribe que “[s]ólo podrán estar sujetos al trabajo forzoso u obligatorio los adultos aptos del sexo masculino cuya edad no sea inferior a dieciocho años ni superior a cuarenta y cinco”. El parágrafo 2 de este artículo establece que la:

> proporción de individuos de la población permanente masculina y apta que podrá ser objeto de un reclutamiento determinado [no podrá] exceder del 25 por ciento de esta población. Al fijar esa proporción, las autoridades competentes deberán tener en cuenta la densidad de población, el desarrollo social y físico de la misma; la época del año y el estado de los trabajos que van a efectuar los interesados en su localidad por su propia cuenta; de una manera general, las autoridades deberán respetar las necesidades económicas y sociales de la vida normal de la comunidad interesada.

Asimismo, el Convenio regula otros aspectos relativos a las condiciones materiales y temporales en que puede prestarse el trabajo forzoso.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. *Caso* de *La "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala,* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Caso* de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. *Caso* Acosta Calderón *vs*. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Corte IDH. *Caso* de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No 187.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

Corte IDH. C*aso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Opiniones consultivas

Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Índice

I. Introducción

Este estudio recoge los criterios fundamentales establecidos por la Corte IDH en relación con el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7 de la Convención. Se trata de uno de los derechos que ha sido ampliamente abordado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Un importante número de los casos en que este derecho ha sido considerado guarda conexión con situaciones de secuestro o detención que desembocaron en una desaparición forzada o, directamente, en la privación de la vida. El examen de esta clase de vulneraciones de la libertad personal ha estado a menudo vinculado a contextos de violencia generalizada y de violaciones graves a los derechos humanos. Pero junto a este tipo de casos, que lamentablemente persisten, la Corte Interamericana ha conocido, con más frecuencia en los últimos lustros, de otros referidos a privaciones de libertad que se desarrollan dentro de un proceso penal, a menudo bajo la cobertura de la legislación interna pero sin cumplir las exigencias sustantivas o adjetivas de la Convención. Esta vertiente de la jurisprudencia interamericana ha estado bastante influenciada por los criterios sentados por el TEDH que tempranamente comenzó a fijar parámetros en la materia, especialmente en lo que respecta a la prisión provisional o preventiva.

II. Significación general del derecho y ámbito protegido

La Corte IDH ha inscrito el derecho a la libertad personal dentro de la libertad general del ser humano. Al definir el bien tutelado por el artículo 7 de la Convención, la Corte Interamericana ha señalado que los derechos humanos garantizados en la Convención, incluyendo el previsto en este artículo, son manifestaciones específicas de esa libertad general, ya que:

> En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona

> gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.[1]

En lo concerniente al artículo 7 de la Convención, la Corte ha aclarado que "éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física…",[2] lo cual no resta significación a este derecho sino más bien la pone de relieve, pues dicha libertad es el estado natural de la persona, aquel en el cual puede, sin cortapisas o barreras físicas, "organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones". Las personas que sufren una privación de libertad son por supuesto titulares de los derechos humanos, pero no pueden disfrutar de todos ellos de manera plena, por las limitaciones ligadas a la situación de reclusión.

Adicionalmente, la Corte ha subrayado la importancia del derecho a la libertad personal al señalar que: "cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida".[3] Para la Corte la detención implica ya una situación de vulnerabilidad, la cual "se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria".[4] De allí en buena medida las especiales cautelas con las cuales la Convención rodea toda privación de libertad, incluyendo los medios de control previstos para evitar las privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad, y de allí también los criterios garantistas que la Corte ha fijado al respecto en su jurisprudencia.

> En el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* la Corte Interamericana quiso delinear el ámbito protegido por el derecho a la libertad personal, que ya había sido considerado extensamente en su jurisprudencia. Después de precisar que el artículo 7 de la Convención solo ampara la libertad física, agregó que este derecho: "cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico".[5]

Esta aproximación al concepto de libertad personal adolece de alguna vaguedad, ya que la libertad de circulación prevista en el artículo 22 de la Convención cubre también "comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico". De ahí que algunas líneas después la Corte haya añadido que:

> …este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.[6]

Estas consideraciones de la Corte no necesariamente introducen claridad conceptual, ya que en principio serían aplicables a cualquier otro derecho; lo que se quiere decir con esas afirmaciones es que *el derecho a la libertad personal protege no propiamente una libertad de actuación, entendida como libertad de desplazamiento, sino más bien el estado de libertad física o corporal del ser humano, que resulta afectado por medidas de inmovilización, retención, reclusión u otras análogas, a las cuales se*

---

1 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

2 *Ibidem*, párr. 53.

3 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 87.

4 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 127.

5 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit*., párr. 53.

6 *Ibid*. En el *Caso Gelman vs. Uruguay* la Corte IDH señaló que el derecho a la libertad también debe entenderse en sentido positivo, en cuanto al derecho a auto-determinarse (párr. 129 de la sentencia de fondo).

refieren justamente las garantías establecidas en el artículo 7 de la Convención. Se ampara a la persona frente a las medidas que impliquen privarla del estado o situación de libertad física.

Otro contenido tutelado por el citado artículo 7 de la Convención es el derecho a la seguridad. El primer numeral de este precepto reconoce a toda persona el "derecho a la libertad y a la seguridad personales". Esta alusión a la seguridad pudiera conducir a pensar que se está consagrando un derecho sustancialmente distinto o separado de la libertad personal, acaso atribuyéndole una significación asociada a la garantía de la seguridad pública. No obstante, siguiendo la jurisprudencia del TEDH acerca de la interpretación de esta cláusula en el artículo 5 del CEDH,[7] la Corte Interamericana ha sostenido que la "seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física".[8] La Corte no precisa el alcance de esta seguridad personal, pero con esta parca formulación está remitiendo tácitamente a los criterios vertidos en el sistema europeo de derechos humanos, en el cual la seguridad "debe ser entendida en el contexto de la libertad",[9] como concepto que apunta al reforzamiento de las garantías previstas a fin de evitar privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad y de brindar protección a la persona afectada por una detención, retención o prisión. Además, la seguridad personal supone amparar a la persona frente a amenazas fundadas de privación indebida de la libertad.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que el artículo 9 del PIDCP, que reconoce el derecho "a la libertad y a la seguridad personales", comprende la protección frente a amenazas de muerte. En este sentido, en un caso relativo a amenazas contra la vida de una persona sostuvo que: "[u]na interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas dentro de su jurisdicción haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto".[10] Esta apreciación merecería a nuestro juicio la objeción de que la protección ante amenazas contra la vida de una persona se deriva del artículo 6 del Pacto, que reconoce el derecho a la vida y precisa que: "Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

Recuérdese que la Corte Interamericana ha insistido, desde el comienzo de su jurisprudencia,[11] en la importancia de las obligaciones que recaen sobre el Estado en virtud del deber de garantía de los derechos humanos establecido en el artículo 1.1 de la Convención. La garantía de estos derechos comprende la obligación de prevenir las violaciones a los derechos humanos, lo cual tiene obviamente consecuencias en el plano de la seguridad pública y de la protección del derecho a la vida (art. 4 de la Convención) frente a amenazas que lo pongan en riesgo, con independencia de que las personas afectadas se encuentren o no privadas de la libertad. Tal como lo ha sostenido dicha Corte:

> La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.[12]

En lo que atañe al ámbito protegido por el derecho a la libertad personal, el artículo 7 de la Convención ampara frente a toda clase de privaciones de la libertad. La Corte ha tenido la oportunidad de establecer

---

7 Casal H., Jesús M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 53 y ss.

8 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 53.

9 Casal H., Jesús M., *op. cit*., p. 54.

10 Comité de Derechos Humanos. Delgado Páez c. Colombia. Decisión de 12 de julio de 1990. No. 195/85, párr. 5.5.

11 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166 y ss.

12 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 84.

que dicho artículo protege incluso en el caso de controles de la identidad que comporten la "demora" o retención por pocas horas de un individuo a los fines de su identificación. En este sentido sostuvo que:

> …para los efectos del artículo 7 de la Convención, una "demora", así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención.[13]

No obstante, en el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* la Corte fue ambigua al referirse, tangencialmente, a la aplicabilidad o no del artículo 7 de la Convención a las privaciones de libertad practicadas en puestos de control fronterizo con fines de identificación. Se expresó en estos términos:

> A este respecto, dado que la detención se realizó dentro del territorio dominicano y no en el ingreso a la frontera (*infra* párr. 151), momento en el cual se podría, en principio, retener a los migrantes para realizar un control de identificación, la Corte analizará la alegada detención a la luz de los requisitos de excepcionalidad del artículo 7 de la Convención Americana, y no como una privación de libertad por razones de verificación de identidad y/o control fronterizo.[14]

Esta postura, o ambigüedad, de la Corte es criticable y esperamos que no se consolide, ya que las privaciones de libertad efectuadas en puestos de control fronterizos quedan sometidas, cualquiera que sea su finalidad, al artículo 7 de la Convención y al criterio de excepcionalidad. Una cosa distinta es que los controles fronterizos puedan llevar consigo ciertas restricciones al libre desplazamiento o comportar situaciones de breve inmovilización, pero aquello que sobrepase ese límite y represente una privación de libertad debe desencadenar todas las consecuencias de la protección de la libertad personal según el artículo 7 de la Convención.[15]

III. Titulares

El derecho a la libertad personal es un derecho de toda persona, tal como lo expresa el artículo 7 de la Convención. El asunto es tan claro que no merecería mayor consideración. Resulta pertinente en todo caso recordar que los niños, niñas o adolescentes son igualmente titulares de este derecho y que puede ser invocado, en ciertas circunstancias, incluso frente a medidas acordadas con la anuncia de sus padres o representantes legales o a solicitud de los mismos.[16]

Por otro lado, conviene apuntar que los extranjeros también son titulares del derecho a la libertad personal. Huelga decirlo, pero las prácticas discriminatorias que en este ámbito han realizado algunos Estados hacen pertinente la aclaratoria. Además, la evolución del derecho internacional y del derecho público en general en esta materia aconseja hacer mención a los cambios operados, al menos normativamente, en la posición jurídica del extranjero, aun del que se encuentre ilegalmente en algún Estado, lo cual ha llevado a introducir correctivos en la visión según la cual todo extranjero que no pudiera acreditar la estancia legal en algún país podía ser automáticamente privado de libertad mientras se resolvía su situación migratoria. La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de señalar que el extranjero no sólo es titular del derecho a la libertad personal sino puede encontrarse, sobre todo si es un migrante indocumentado, en una situación de vulnerabilidad que exija una protección especial; en palabras de la

[13] Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 76.

[14] Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 123.

[15] Casal H., Jesús M., *op. cit*., pp. 50 y ss.

[16] *Ibidem*, pp. 35 a 36.

Corte: “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad”.[17]

Es asimismo innecesario decir que son titulares de este derecho las personas afectadas por alguna discapacidad mental, aunque la praxis institucional imperante en ciertos contextos hace recomendable enfatizar que la privación de libertad de quienes sufran una discapacidad psíquica tiene que ser un recurso extremo, cada vez más extremo en virtud de los avances de la ciencia y del conocimiento sobre los abusos que estas personas suelen padecer durante un internamiento.[18]

IV. Contenido general del derecho y posibles limitaciones legislativas

El artículo 7 de la Convención contiene principios y reglas que definen el alcance jurídico del derecho a la libertad personal. El artículo 7.1 formula el derecho de manera general, al reconocer a toda persona el “derecho a la libertad y a la seguridad personales”, lo cual se traduce en la exigencia normativa de procurar, tanto como sea posible, la preservación del estado de libertad física de cada ser humano.

El numeral 1 del artículo 7 enuncia el contenido general del derecho a la libertad personal y los demás numerales de ese mismo artículo consagran sus garantías específicas. En palabras de la Corte:

> El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).[19]

La conexión entre el derecho y sus garantías determina que toda vulneración de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención comporte igualmente una violación de su numeral 1:

> …la Corte resalta que cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.[20]

A veces la Corte declara la violación directa del numeral 1 del artículo 7 sin examinar la posible vulneración de sus restantes numerales. Así, el artículo 7.1 resulta infringido cuando el tribunal que acuerde una sanción privativa de la libertad carezca manifiestamente de la competencia e imparcialidad para el juzgamiento del inculpado, en los términos del artículo 8.1 de la Convención, sin que sea necesario entrar a analizar la observancia de los numerales 2 al 7 del artículo 7. Tal como dijo la Corte en el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*:

> …esta Corte concluyó que el tribunal que juzgó al señor Usón Ramírez carecía de competencia e imparcialidad, presupuestos esenciales del debido proceso. Dicha situación proyecta sus efectos sobre todo el procedimiento, viciándolo desde su origen, así como a las consecuencias derivadas del

[17] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 98 y ss.

[18] Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 101 y ss.; ver también el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

[19] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 51; ver también Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit*., párr. 124.

[20] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 54.

> mismo. En este sentido, toda actuación de un tribunal manifiestamente incompetente que derive en una restricción o privación a la libertad personal, como las ocurridas en el presente caso en perjuicio del señor Usón Ramírez, determina la consecuente violación al artículo 7.1 de la Convención Americana.[21]

El derecho a la libertad personal admite restricciones, que deben ajustarse a los artículos 30 y 32.2 de la Convención. En este sentido, el artículo 7.2 de la Convención establece, como principio, que nadie puede ser privado de su libertad física, pero a continuación deja a salvo la posibilidad de adoptar injerencias en este derecho, "por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Esto implica una remisión a la facultad de los Estados partes de dictar normas que contemplen supuestos de privación de la libertad, pero tal remisión no es indeterminada sino contiene ciertos parámetros, ya que, además de la necesidad de que tales normas estén contenidas en la Constitución o en leyes cónsonas con ella, se exige que las mismas precisen las "causas" y las "condiciones" en las cuales la privación de libertad puede ordenarse.

Este numeral 2 del artículo 7 de la Convención recoge, como ha sostenido la Corte Interamericana, "la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal".[22] Este precepto formula ciertamente una reserva de ley, al determinar que sólo las leyes pueden establecer privaciones de la libertad. Y las leyes dictadas para preverlas deben señalar los casos en que la privación de libertad es admisible y las condiciones de su adopción, por lo que tales normas deben especificar los supuestos de hecho en los que cabe practicar esa medida y los requisitos formales o procedimentales que deben cumplirse para su licitud. Al respecto, la Corte ha afirmado que: "nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)".[23] Este aspecto de la reserva legal que la Corte denomina material se refiere a la previsión normativa de las causales de la privación de libertad –por contraste con los requisitos de índole procedimental–, lo cual en realidad es más un asunto formal-normativo que material o sustancial, el cual se examinará al comentar el numeral 3 del artículo 7.

Del artículo 7.2 y de la reserva legal que prescribe se colige "el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente".[24] El concepto de ley del cual ha de partirse al interpretar esta disposición es un asunto que ha sido esclarecido por la jurisprudencia de la Corte, en relación con la limitación de cualquiera de los derechos que consagra,[25] lo cual ha sido aplicado al ámbito de la libertad personal.[26] Una singularidad del artículo 7.2 es que se refiere expresamente no slo a la base legal de la privación de libertad sino también a la conformidad de las leyes correspondientes con la Constitución. Puede afirmarse que esta conformidad es un presupuesto de la legalidad, por lo cual esta exigencia rige de manera general y no sólo para el artículo 7.2 Pero cuando el artículo 7.2 incorpora expresamente la alusión a la necesaria conformidad de las leyes respectivas con la Constitución este requerimiento pasa directamente a ser de carácter convencional y los órganos del sistema interamericano deben velar estrictamente por su cumplimiento.

La Corte Interamericana ha declarado que:

---

[21] Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 148.

[22] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 56.

[23] Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

[24] Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 143.

[25] Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

[26] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 56.

> De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.[27]

Lo dicho ocurre también cuando el requisito constitucional o legal omitido coincide con los exigidos por el propio artículo 7, caso en el cual se declara la violación tanto del artículo 7.2 como del numeral del artículo 7 que haya sido quebrantado.[28] Así, pues, el desconocimiento de la normativa interna comportará una violación de la Convención, lo cual se extiende a la contradicción que pueda existir entre la ley que contemple una privación de libertad y la Constitución.

Como muestra de la relevancia de la normativa interna en el examen de la conformidad con la Convención de una privación de libertad pueden mencionarse los *Casos Castillo Páez vs. Perú* y *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en los cuales la Corte Interamericana declaró la violación de los numerales 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, *debido a que la detención de las respectivas víctimas se había producido sin orden judicial y sin que existiera flagrancia, contraviniendo lo dispuesto en la Constitución y la legislación interna.*[29] Es bastante ilustrativo que la Corte, al referirse al basamento normativo de la violación de la libertad personal haya afirmado, en el primero de estos casos, que: "Lo anterior tiene su fundamento en los artículos 7, incisos 2 y 3, de la Convención Americana y 2º, inciso 20, letra g), de la Carta Política",[30] con lo cual quedaba clara la importancia de la Constitución Peruana al examinar la violación de la Convención.

Sin perjuicio de lo expuesto, no siempre es fácil para la Corte efectuar un examen propio sobre el cumplimiento de la normativa interna por las autoridades nacionales, al momento de ordenar o practicar una privación de libertad. En ocasiones la Corte se apoya en el reconocimiento de responsabilidad por el Estado o en la manifiesta ilicitud de la privación de libertad, que simplifica el análisis de su conformidad con la normativa interna. Según los criterios sentados en los *Casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras y Gangaram Panday vs. Surinam*, la renuencia del Estado a mostrar las fuentes normativas que permitirían evaluar la legalidad de la privación de libertad juega a favor del alegato de violación de derechos humanos presentado ante la Corte y puede bastar para declarar la infracción del artículo 7.2 de la Convención.[31]

Al constatar la existencia de una detención contraria a la Constitución o a las leyes internas, la Corte a veces también afirma que aquella es arbitraria, por lo que declara la violación de los numerales 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, sobre todo en el contexto de privaciones de libertad evidentemente ilegítimas, que carecen de base legal o se adoptan infringiendo la normativa interna y pueden ser tildadas, adicionalmente, de arbitrarias.[32] Aunque ello no significa que la ilegalidad de una privación de libertad equivalga a su arbitrariedad, como enseguida explicaremos al comentar el numeral 3 del artículo 7.

En algunas sentencias de la Corte se ha sostenido que el requisito de la legalidad de la privación de libertad comprende el de la tipicidad que debe satisfacer el correspondiente precepto. En tal sentido se ha señalado que:

> La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de

[27] *Ibidem*, párr. 57.
[28] *Ibidem*, párr. 69.
[29] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 56; y caso *Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 44.
[30] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú, op. cit.,* párr. 56.
[31] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit*., párr. 135; y Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam, op. cit.,* párr. 49 a 51.
[32] Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, op cit.,* párr. 76 y 80.

la privación de la libertad física.[33]

Este pronunciamiento fue dictado en un caso en el que la violación de derechos que estaba siendo examinada se relacionaba con la licitud de medidas de carácter procesal, como la prisión provisional o preventiva, adoptadas durante un juicio penal, no con la tipificación de la conducta delictiva propiamente dicha. Ello refuerza la idea de que la Corte entiende que la tipicidad es una exigencia general dimanante del artículo 7.2 de la Convención, aplicable más allá del ámbito de la previsión de las conductas consideradas delictivas y de las respectivas sanciones.

El artículo 7.2 de la Convención apunta ciertamente en esta dirección, al disponer que las causas y condiciones de toda privación de libertad deben haber sido fijadas "de antemano" por la ley, lo cual presupone una previsibilidad asociada a la precisión de la regulación legislativa, con la consecuente mensurabilidad de la actuación estatal destinada a afectar la libertad personal. Aunque la Corte no siempre ha sido consecuente con esta idea, pues alguna vez ha examinado desde la óptica del artículo 7.3 (prohibición de detenciones arbitrarias), no en el marco del artículo 7.2, la falta de previsibilidad de la conducta que puede dar lugar a una privación de libertad, en virtud de la indeterminación de la norma correspondiente.[34]

En cualquier caso, el examen de la tipicidad irá seguramente acompañado de un escrutinio más severo cuando se trate de la configuración normativa del hecho punible como tal, supuesto en el cual concurriría el artículo 9 de la Convención.

V. La prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad

El artículo 7 de la Convención, además de exigir, en su numeral 2, que toda privación de libertad sea ordenada en los casos y de acuerdo con las condiciones que la ley establezca, dispone que: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios" (art. 7.3). De este precepto se desprende el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente,[35] el cual complementa el antes comentado derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2).

La prohibición de privaciones ilegales de la libertad atiende a un criterio formal y procedimental, mientras que la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad responde a un criterio fundamentalmente material o sustancial. No basta que una detención sea conforme a la Constitución y las leyes de un país para considerarla lícita o legítima, ya que es preciso adicionalmente que esta normatividad se ajuste a principios materiales de razonabilidad o proporcionalidad. Al examinar la prohibición de arbitrariedad del artículo 7.3 de la Convención, ha de tenerse en cuenta que:

> […] se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.[36]

Esta alusión al necesario respeto a los derechos fundamentales del individuo apunta principalmente al derecho a la libertad personal como elemento material o sustancial, en los términos del artículo 7.1, lo cual implica que la legislación interna debe regular este derecho de tal manera que no sea lesionado. La lesión se produce, desde esta óptica material, cuando la privación de libertad carece de justificación. La falta de razonabilidad o de proporcionalidad a la cual se refiere la sentencia consiste justamente en que

[33] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit*., párr. 57.
[34] Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, op. cit.*, párr. 80.
[35] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit*., párr. 143.
[36] Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam, op. cit*., párr. 47.

la privación de libertad, aún teniendo base en la ley, no sea realmente necesaria en el caso en que fue adoptada o resulte desmesurada.

La alusión a la imprevisibilidad contenida en el párrafo citado corresponde conceptualmente, en rigor, a la exigencia de legalidad del artículo 7.2 de la Convención, según se explicó. No obstante, la Corte la ha invocado en el contexto de la prohibición de arbitrariedad cuando la generalidad o indeterminación de una norma permite a los funcionarios policiales actuar en cualquier circunstancia, de manera imprevisible, lo cual presupone haber soslayado los criterios materiales relacionados con la excepcionalidad de las privaciones de la libertad. La Corte ha sostenido que "una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3 de la Convención".[37]

Estas condiciones materiales de razonabilidad o proporcionalidad normalmente están también contenidas en las Constituciones o leyes nacionales, por lo que una privación arbitraria de la libertad, en el sentido ahora expuesto, generalmente sería también ilegal a la luz del artículo 7.2, pero el artículo 7.3 incorpora parámetros propios de la Convención al control de las privaciones de libertad, de tal forma que, con independencia de lo que disponga el derecho interno, la Convención rechaza las privaciones de libertad que no cumplan tales requerimientos.

La jurisprudencia de la Corte ha ido perfilando esos parámetros materiales o sustanciales, especialmente en relación con la privación de libertad del imputado ordenada, como medida provisional, dentro del proceso penal. En el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* se recogió la doctrina fundamental sobre esta cuestión, construida con base en decisiones previas:

> En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.[38]

Este párrafo recoge los requisitos que debe reunir toda privación de libertad para no ser arbitraria, los cuales se contraen a los elementos del principio de proporcionalidad, que ha sido adoptado en diversos ámbitos por la jurisprudencia interamericana.[39] Se trata de las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuya aplicación presupone la determinación del fin de la medida restrictiva y la verificación de su compatibilidad con la Convención.

En lo que concierne a las detenciones de un imputado o acusado acordadas con carácter provisional en el proceso penal, la Corte asevera, con arreglo a su jurisprudencia anterior, que las únicas dos finalidades

---

[37] Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, op. cit.*, párr. 78.

[38] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 93.

[39] *Cfr*., entre otros, Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 96 y 129; y *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 56 y ss.

admisibles son las de "asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia".[40] Ello en virtud de la presunción de inocencia y del propio derecho a la libertad personal, lo cual será comentado posteriormente. La excepcionalidad de la privación de la libertad ha sido afirmada especialmente en este ámbito del proceso penal, aunque rige de manera general, y la Corte la ha fundamentado aduciendo que:

> …las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.[41]

Aparte de estos requisitos generales, la Corte señala que toda decisión privativa de la libertad debe ser suficientemente motivada, pues, de lo contrario, al no ser posible o al dificultarse sobremanera el examen de la observancia de las condiciones materiales mencionadas, o al quedar en evidencia que se ignoró el principio de proporcionalidad, se estaría violando la prohibición de detención arbitraria del artículo 7.3 de la Convención.[42] Esta exigencia de motivación no se cumple con la simple enunciación de las normas pertinentes: "[e]l mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana".[43]

La Corte suele examinar si existe motivación suficiente en la decisión que ordena la prisión provisional o preventiva de un acusado, ya que para verificar si esta, en el caso particular, se ha mantenido dentro de los límites de una medida estrictamente cautelar, nunca policial o punitiva, es preciso analizar el razonamiento vertido en el fallo judicial, cuya inexistencia basta para entender que la privación de libertad fue arbitraria.[44]

Con apoyo en estos criterios, la Corte Interamericana declara que una detención ha sido arbitraria y que ha sido vulnerado el artículo 7.3 de la Convención. Dos constelaciones que han sido frecuentes en la jurisprudencia de la Corte, al afirmarse que ha habido una infracción del artículo 7.3, son, por un lado, las situaciones de secuestro o desaparición forzada o de detenciones seguidas de asesinatos, a menudo inscritas en un cuadro general de violencia o conflicto armado y, por otro lado, las medidas de prisión preventiva que quebrantan el principio de proporcionalidad. Las primeras caracterizaron una etapa inicial de la jurisprudencia interamericana y, lamentablemente, se mantienen presentes, pudiendo citarse casos como los de *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* y *Cantoral Benavides vs. Perú,*[45] llegándose posteriormente a los de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala; Juan Humberto Sánchez vs. Honduras;* la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia;* las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala;* las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador; y Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala.*[46] En estas circunstancias la privación arbitraria de la libertad forma parte de

---

[40] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit*., párr. 93; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras, op. cit.*, párr. 90; y Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

[41] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197.

[42] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 115 y 116.

[43] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit*., párr. 116.

[44] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit*., párr. 216; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párrs. 143 y 144; y Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit*., párrs. 105 y ss.

[45] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit.*; y Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

[46] Corte IDH. *Caso* de *La "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No.

una violación ulterior y más grave de los derechos humanos, consistente en la tortura y el asesinato o la desaparición forzada. Como aseveró la Corte en algunos de los casos citados: "la privación de libertad con la cual inicia una desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al artículo 7 de la Convención Americana".[47] Las sentencias de la Corte Interamericana referidas a la prisión preventiva y a la falta de proporcionalidad al adoptarla, que suelen abordar circunstancias insertas en un contexto institucional diferente, serán examinadas posteriormente.

También son arbitrarias las detenciones practicadas con base en evidencias aparentes de comisión de un crimen que deben ser corroboradas mediante procedimientos técnicos o científicos, cuando la privación de libertad se prolonga sin que las autoridades procedan a efectuar tales verificaciones. En el fondo aquí la arbitrariedad está asociada al menosprecio o completo desconocimiento del derecho afectado.[48] En el marco de procedimientos de control migratorio, se ha estimado que el artículo 7.3 resulta vulnerado cuando la ley no fija límites temporales a la privación de libertad, "lo cual favorece la prolongación indebida de la detención de personas migrantes transformándolas en una medida punitiva";[49] asimismo, dicha norma es infringida cuando se constata que la necesidad de la detención no ha sido evaluada antes de practicarla, ya que "la orden de detención de personas migrantes en situación irregular procedía de manera automática tras la aprehensión inicial, sin consideración de las circunstancias individualizadas".[50]

Un tipo de privación de libertad que la Corte Interamericana ha considerado categóricamente como arbitraria son las *razzias* o detenciones masivas o colectivas programadas. Son dignos de mención los *Casos Bulacio vs. Argentina* y *Servellón García y otros vs. Honduras*, en los cuales fueron censuradas tales detenciones, que no responden a la individualización de una conducta punible sino a motivos genéricos y puramente preventivos. Al respecto se sostuvo, en el primer caso, que:

> Las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia– y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.[51]

Y en el segundo se precisó que:

> El Tribunal entiende que la detención colectiva puede representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana cuando el Estado cuenta con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial.
>
> Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria...[52]

Esta mención a la ausencia de 'causa legal' se refiere no propiamente a que la medida carezca de sustento legal, sino a la falta de "individualización de conductas punibles", todo lo cual llevó a la Corte Interamericana a declarar que el Estado no puede realizar tales detenciones "en circunstancia alguna".[53]

250; y Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

[47] *Cfr.*, entre otros, Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, cit.*, párr. 198.

[48] Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, cit.,* párrs. 63 y ss.

[49] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 117.

[50] *Ibidem.,* párr. 118.

[51] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina, op. cit.,* párr. 137.

[52] Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras, op.cit.,* párrs. 92 y 93.

[53] *Ibidem.,* párr. 96.

Conviene apuntar, por último, que si bien no debe confundirse la detención ilegal con la arbitraria, estas pueden coincidir. *Una privación de la libertad ajustada a la ley puede ser arbitraria, pero una privación de libertad puede ser a la vez ilegal y arbitraria. Las privaciones de libertad ligadas a torturas, asesinatos o desapariciones forzadas, así como las enmarcadas en un cuadro general de abuso de poder, son calificadas frecuentemente por la jurisprudencia como ilegales y arbitrarias.*[54] Algo similar ocurre cuando es manifiesta la incompetencia del órgano judicial que ordenó la detención.[55] Por otro lado, en ocasiones el incumplimiento de alguna de las garantías particulares de la libertad personal contenidas en los numerales 4 al 7 del artículo 7 de la Convención conduce a la declaratoria de la arbitrariedad de la detención, lo cual puede implicar que la Corte no considere necesario examinar las circunstancias que motivaron la privación de libertad. Así, la Corte ha declarado que: "*dada la falta de remisión sin demora ante la autoridad competente, el Tribunal considera que esta irregularidad en el control de la detención la transformó en arbitraria y no estima pertinente hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre la causa que originó la misma".*[56]

VI. Derecho de toda persona detenida o retenida a conocer los motivos de la privación de libertad y los cargos formulados contra ella

De acuerdo con el artículo 7.4 de la Convención, toda persona "detenida o retenida" debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. Este derecho cumple una relevante función de garantía de la libertad personal, ya que permite al afectado tener conocimiento oportuno de los motivos de su detención, con lo cual puede activar mecanismos de defensa de la libertad personal frente a una medida que considera ilegal o arbitraria. Además, en el caso de detenciones enmarcadas en un proceso penal, coloca al detenido en condiciones de preparar su defensa frente a la imputación formulada. Por eso, la Corte Interamericana ha afirmado que este derecho representa "un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho a la defensa del individuo detenido".[57] A la luz de la jurisprudencia antes comentada, resulta patente la significación de estas garantías, pues estas reducen las posibilidades de que se cometa o prolongue una privación ilegal o arbitraria de la libertad, con los riesgos que comporta sobre otros derechos fundamentales de la persona.

El numeral 4 del artículo 7, al igual que sus numerales 5 y 6, impone obligaciones positivas "tanto a los agentes del Estado como a terceros que actúen con la tolerancia o anuencia de éste y sean responsables de la detención".[58] Cuando la Convención establece que este derecho corresponde a toda persona "detenida o retenida" quiere poner de manifiesto que puede invocarse frente a toda privación de libertad, con independencia de la calificación o denominación que reciba en el ordenamiento jurídico interno. La alusión a la retención es particularmente ilustrativa de esta idea, ya que no es un concepto técnico procesal sino más bien un término surgido en ciertos medios policiales para crear o cohonestar espacios vacíos de garantías frente a personas realmente privadas de libertad aunque no formalmente detenidas.

La primera parte del numeral 4 del artículo 7 alude a la información de las razones de la privación de libertad. Estas deben ser comunicadas de inmediato, al momento de practicarse la detención.[59] Ello es fundamental para que el artículo 7.4 pueda cumplir su función de evitar detenciones ilegales o arbitrarias. Este derecho rige frente a toda privación de libertad, relacionada o no con un proceso o

---

[54] Ver por ejemplo, Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 80.

[55] Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 100.

[56] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 102.

[57] *Ibidem*., párr. 105.

[58] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 108.

[59] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.,* párr. 227.

imputación penal y, en lo concerniente a estas últimas, incluso frente a detenciones practicadas en flagrancia.[60]

La información que debe ser proporcionada es la necesaria para que el afectado entienda que está siendo detenido y por qué. Se trata de comunicar al detenido, verbalmente o por escrito,[61] las razones fundamentales tanto fácticas como jurídicas de la privación de libertad. Lo primero se refiere a los hechos que motiven la detención y lo segundo al basamento normativo de la misma, expresado de manera sencilla. En palabras de la Corte:

> La información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal.

La precisión de la Corte sobre la importancia de que el afectado tenga claro que está siendo detenido es relevante, ya que la policía puede acudir, a veces con sustento en la legislación interna, a requerimientos de traslado a comisaría u otros análogos que, sin representar una detención clásica ni estar acompañados de una coacción actual, equivalgan a una privación de libertad, lo cual activa las garantías del artículo 7.

Si el detenido es menor de edad, dicha información debe ser proporcionada al afectado y a quienes ejercen su representación o custodia legal,[62] criterio que estimamos aplicable a la privación de libertad de personas que sufran una discapacidad mental y estén sujetos a interdicción u otro régimen civil semejante.

La jurisprudencia interamericana ha establecido que el artículo 7.4 comprende el derecho del detenido "a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo un familiar o un abogado",[63] o un "funcionario consular".[64] La adscripción pretoriana de este derecho al artículo 7.4 de la Convención puede explicarse por la íntima conexión de aquel con la finalidad de este precepto, ya que la posibilidad de entrar en contacto con personas allegadas, abogados o agentes consulares contribuye a evitar las detenciones ilegales o arbitrarias. Además, teniendo en cuenta las numerosas situaciones de detenciones y desapariciones forzadas de personas que han sido sometidas a consideración de la Corte es comprensible que la jurisprudencia haya incorporado este contenido al artículo 7.4, pues el rápido conocimiento por terceros de la privación de libertad mitiga el riesgo de desaparición forzada. El artículo 7.4 abarca también el derecho del detenido a ser puesto en conocimiento, en la oportunidad ya señalada, de los derechos con que cuenta.[65]

El derecho de informar a un familiar sobre la detención "cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad",[66] llegando a traducirse en el deber de la autoridad encargada de la custodia de notificar inmediatamente la detención a un familiar o representante del menor, adoptando las cautelas necesarias para que se haga efectiva.[67] En lo que atañe al derecho del extranjero detenido a poner a un funcionario consular en conocimiento de la detención, así como a ser informado, al momento de la privación de libertad, de que dispone de ese derecho, conviene subrayar la íntima conexión que

---

[60] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 83 y 84.

[61] La información a que alude la primera parte del artículo 7.4 puede ser comunicada verbalmente y no es imprescindible mostrar la orden de detención; *Cfr*. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr.76.

[62] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *op. cit*., párr. 92.

[63] Corte IDH. *Caso* de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 93.

[64] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 112.

[65] *Ibidem*, párr. 109.

[66] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *op. cit*., párr. 93.

[67] *Ibid.*

el mismo guarda con las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención, ya que el derecho a la información sobre la asistencia consular forma parte de las garantías mínimas del debido proceso legal.[68] Algo similar puede afirmarse sobre el derecho del detenido a comunicar la detención a un abogado, lo cual incide directamente en las oportunidades de defensa y se vincula con el artículo 8 de la Convención, especialmente en el marco de un proceso penal (art. 8, numeral 2, literal d).

Esta vinculación con las garantías judiciales se pone de manifiesto en la insistencia de la jurisprudencia en que la información al detenido sobre sus derechos se produzca antes de la primera declaración ante la autoridad. Así, en el ámbito de la asistencia consular se estableció que la correspondiente notificación debe efectuarse “al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad”,[69] lo cual se ha extendido a la información que debe recibir el detenido sobre su derecho a comunicar la privación de libertad a un familiar o a su abogado.[70]

De la jurisprudencia de la Corte puede colegirse que recae sobre el Estado la carga de probar que han sido cumplidas las obligaciones de información antes mencionadas. Por eso se declaró, en un caso en el que el Estado simplemente había alegado que dicha información sí había sido proporcionada, sin aportar ningún elemento de convicción “sobre esta alegación de carácter positivo y, por ello, susceptible de prueba”, que:

> …el Estado no probó que sus autoridades informaron al señor Chaparro de los motivos y razones de su detención, lo que constituye una violación del artículo 7.4 de la Convención y, por ser también contrario a la ley interna, del artículo 7.2 del mismo tratado.[71]

En lo que respecto al derecho del detenido, consagrado en la segunda parte del artículo 7.4, a ser notificado, sin demora, del cargo o cargos formulados contra él, la jurisprudencia interamericana ha establecido que esta notificación debe ser por escrito.[72] Ello está en consonancia con la funcionalidad de este derecho, que está más orientado al ejercicio de la defensa frente a una imputación o acusación que frente a la privación de libertad como tal. De ahí también que deba exigirse a nuestro juicio mayor amplitud en el contenido de la información proporcionada. La oportunidad para suministrar esta información es en principio la misma que la exigida por la primera parte del artículo 7.4, aunque la finalidad y extensión de aquella pudiera justificar en algunos casos que se proporcione no al momento de la detención sino tan pronto sea posible, siempre “sin demora” como lo prescribe el artículo 7.4, antes de la primera declaración ante la autoridad.

VII. Derecho de toda persona detenida o retenida a ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario con funciones judiciales

El artículo 7.5 de la Convención reconoce, en su primera parte, el derecho de todo detenido o retenido a ser conducida sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Este derecho constituye otra de las garantías de la libertad personal que se traduce en obligaciones positivas a cargo del Estado. Su finalidad es también evitar detenciones ilegales o arbitrarias, lo cual alcanza en este numeral 5 del artículo 7 una especial significación, ya que el derecho y obligación de pronta conducción ante una autoridad judicial responde a la idea de que a ella corresponde verificar la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, incluyendo el examen de la licitud de la privación de libertad. De allí que la Corte haya advertido que:

[68] Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 121 y ss.

[69] *Ibidem*, párr. 106.

[70] Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit.*, párr. 93; y Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit*., párr. 112.

[71] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 73.

[72] *Ibidem*, párr. 76.

> …el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.[73]

El control judicial es, pues, fundamental frente a cualquier privación de libertad practicada por autoridades administrativas o policiales.[74] De ahí que la Corte haya aseverado que:

> Tanto este Tribunal como la Corte Europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado.[75]

Este control judicial es primordial para la protección de la libertad personal y también para evitar la perpetración de otras graves violaciones a los derechos humanos que a veces acompañan a una detención ilegal, arbitraria, o desprovista de garantías, puesto que la "…pronta intervención judicial es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida o serios malos tratos…".[76]

El derecho previsto en la primera parte del artículo 7.5 corresponde a todo detenido o retenido. Cabe preguntarse si, al igual que en el supuesto de la primera parte del artículo 7.4, este derecho es reconocido a toda persona privada de libertad. La literalidad del artículo 7.5 y, sobre todo, una lectura sistemática del mismo, pudiera conducir a una respuesta negativa. El artículo 7.5 se refiere de manera principal o directa a la situación de las personas privadas de libertad con miras a un procesamiento o enjuiciamiento penal. De ahí la mención del artículo 7.5, en su segunda parte, al derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad. Bajo esta interpretación, si la privación de libertad de un individuo no está enmarcada en una investigación o procesamiento penal, el control judicial habría de ejercerse mediante acción interpuesta por el afectado –o alguien que actúe en su nombre–, con base en el artículo 7.6 de la Convención, el cual resultaría en parte superfluo si toda privación de libertad estuviera sujeta al control automático u obligatorio establecido en el artículo 7.5.

Sin embargo, la evolución de los sistemas constitucionales nacionales y de las ideas jurídicas en torno a estos temas, reflejada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, han abonado la conclusión de que, en contra de lo que seguramente era la intención original de la autores de la Convención, la primera parte del artículo 7.5 es aplicable, *mutatis mutandis*, a toda privación de libertad –la de un extranjero que esté ilegalmente en un país, con miras a determinar su eventual expulsión, la de una persona con una grave discapacidad mental, p. ej.–, quedando el artículo 7.6 como una vía complementaria de control judicial de las privaciones de la libertad. Así lo ha determinado la Corte en el *caso* Vélez Loor *vs. Panamá*, en el cual debió ocuparse de medidas privativas de la libertad que "no se encontraban relacionadas con la comisión de un delito penal, sino que respondían a su situación migratoria irregular derivada del ingreso a Panamá por una zona no autorizada, sin contar con los documentos necesarios y en infracción de una orden previa de deportación".[77] En atención al principio pro *homine* o pro persona y aludiendo a una diferencia relevante entre la Convención Americana y el Convenio Europeo de Derechos Humanos,[78] la Corte declaró que:

[73] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 93.

[74] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras, op. cit.,* párrs. 64 y 88.

[75] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 140.

[76] Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 135.

[77] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit*., párr. 106.

[78] En el cual, como explica la Corte Interamericana: "…el derecho a ser llevado prontamente ante un juez u otro funcionario, previsto en el párr. 3 del artículo 5, se relaciona exclusivamente con la categoría de detenidos mencionados en el párr. 1.c

> A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona,* esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal.[79]

La obligación de llevar al detenido ante una autoridad judicial no se considera cumplida con la remisión de un informe ante un juez o con la puesta formal o documental del detenido a su disposición. La jurisprudencia interamericana exige el traslado y comparecencia personal ante el juez (inmediación procesal).[80] Esto se aviene con la finalidad perseguida por el artículo 7.5, en su primera parte, ya que esta comparecencia permite al juez verificar el estado físico en que se encuentra el detenido y facilita un pronto control judicial sobre la observancia de las garantías de la privación de libertad. Además, de esta forma también se previenen las desapariciones forzadas.

El detenido debe ser conducido ante un juez u "otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales". Ello implica que esta autoridad no ha de ser forzosamente un tribunal en cuanto a su denominación o adscripción orgánica, pero sí ha de ostentar y estar en condiciones de cumplir funciones judiciales o jurisdiccionales. La jurisprudencia interamericana exige que esta autoridad o funcionario reúna los requisitos establecidos en el artículo 8.1 de la Convención, de manera que debe ser competente conforme a una ley previa y ha de ofrecer garantías de independencia e imparcialidad. En tal sentido, la Corte ha determinado que la conducción del detenido a un tribunal militar no es cónsona con el artículo 7.5 cuando se trata de un civil juzgado por tribunales militares, desprovistos además de imparcialidad e independencia.[81] Igualmente, se ha considerado infringido el artículo 7.5 cuando el detenido ha sido trasladado ante un Fiscal del Ministerio Público carente de facultades suficientes para salvaguardar la libertad y la integridad personal,[82] o ante el Fiscal Naval que había emitido la orden de prisión preventiva.[83] No obstante, tal como se indicó, la autoridad a que alude el artículo 7.5 no ha de ser forzosamente un juez o tribunal. En un caso referido a controles migratorios, la Corte no descartó que dicho precepto fuera observado mediante la presentación del detenido ante el Director del Departamento de Migración del Ministerio de Gobierno y Justicia.[84] Por otro lado, para cumplir con lo dispuesto en dicha norma la autoridad con funciones judiciales debe haber examinado efectivamente la legalidad o licitud de la privación de libertad.[85]

La conducción del detenido ante el juez u otro funcionario con funciones judiciales ha de producirse no sólo para que este verifique el estado en que aquel se encuentra, sino también para que pueda ejercerse un control judicial apropiado sobre la privación de libertad. Esto supone que el juez tenga la oportunidad de oír al detenido para pronunciarse sobre la continuación o cesación de la privación de libertad, acordándose eventualmente medidas cautelares sustitutorias. De ahí que no se haya considerado suficiente la presencia de un juez al momento de la detención, pues la "autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad".[86]

---

de dicho artículo, esto es, los que están en espera de ser llevados ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que han cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirles que cometan una infracción o que huyan después de haberla cometido"; *Ibidem*, párr. 107, nota al pie 106.

[79] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit*., párr. 107.

[80] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, *op.cit*., párr. 118; y Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 78.

[81] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, *op. cit*., párr. 75.

[82] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 119.

[83] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile,* párr. 223.

[84] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit*., párrs. 108 y 109.

[85] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No 187, párr. 67.

[86] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 83.

La conducción ante la autoridad judicial debe tener lugar "sin demora". La Corte Interamericana, siguiendo al TEDH, ha estimado que deben valorarse las circunstancias del caso concreto para determinar si el traslado del detenido ante el juez colma esta exigencia temporal.[87]

En varios casos relativos a este derecho y obligación de pronta conducción, la Corte Interamericana ha declarado la vulneración del artículo 7.5 de la Convención por haber sido sobrepasado el lapso previsto en la legislación interna para llevar al detenido ante la autoridad judicial. Esta manera de proceder suscita ciertas interrogantes, ya que el mandato de llevar al detenido "sin demora" ante una autoridad judicial debe ser entendido y aplicado como un concepto autónomo de la Convención, cuyo alcance se determina a la luz de los parámetros de la misma Convención y sin subordinación, aunque sí con apertura, a los criterios de la legislación nacional. Lógicamente, la vulneración de los plazos fijados en la legislación interna comportará una violación del artículo 7.2 de la Convención, en concordancia con el artículo 7.5,[88] pero no una infracción aislada de este último, pues este precepto contiene una exigencia normativa propia que debe ser considerada.

Una muestra de los riesgos de aplicar la exigencia temporal de la primera parte del artículo 7.5 con sujeción a la legislación interna se encuentra en algunas sentencias de la Corte de las cuales cabría inferir que, tangencial e implícitamente, se estimó acorde con la Convención el plazo máximo de quince días para conducir el detenido ante el juez previsto en la legislación antiterrorista peruana.[89] En esos casos la vulneración del plazo dispuesto en la normativa interna bastaba ciertamente para que la Corte declarara la violación del artículo 7, sin necesidad de entrar a valorar la convencionalidad de los preceptos legales aplicables. Pero para evitar equívocos es preciso dejar a salvo la autonomía de los conceptos empleados por el artículo 7.5 de la Convención: un lapso de quince días de detención policial debe considerarse contrario al artículo 7.5, con independencia de lo que establezca la legislación nacional.

De alguna forma la Corte corrigió el rumbo de las anteriores sentencias en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú,* en el cual, pese a que la legislación interna permitía prorrogar por otros quince días el plazo antes mencionado y, pese a que el mismo había sido sobrepasado, se sostuvo categóricamente que:

> La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que "[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".[90]

Algo similar puede afirmarse del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* en el cual la Corte estimó excesiva una privación de libertad de cinco días de duración, ya que:

> …los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención. En ese sentido, el Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión "sin demora" ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la libertad.[91]

[87] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, op. cit.* párr. 140.
[88] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 86.
[89] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú, op. cit*. párr. 57; y Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 91.
[90] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 110.
[91] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.*, párr. 102.

Aunque ese lapso de cinco días sobrepasaba el límite de cuarenta y ocho horas establecido en la Constitución mexicana, la Corte no aludió a ello al fundamentar la vulneración del artículo 7.5 de la Convención.

La sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* ilustra por otra parte sobre la diversidad de las circunstancias que pueden ser relevantes al determinar si el traslado del detenido ha ocurrido sin demora. La Corte sostuvo en esa oportunidad que: "…en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona".[92] Lo cual significa que en ciertos contextos la Corte puede ser más rigurosa al evaluar la observancia de la primera parte del artículo 7.5 de la Convención.

Conviene finalmente señalar que los casos de detenciones que desembocan en una desaparición forzada o un asesinato suelen contener una condena al Estado por violación del artículo 7.5 de la Convención, ya que tales hechos impiden que el detenido sea conducido oportunamente ante una autoridad judicial.[93]

VIII. Derecho de toda persona detenida o retenida a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad

Este derecho, previsto en la segunda parte del artículo 7.5 de la Convención, está referido principalmente a las personas que han sido detenidas en un proceso penal y está inescindiblemente ligado al contemplado en la primera parte de ese mismo artículo. Si alguien es detenido en virtud de alguna imputación penal, debe ser conducido sin demora ante un juez, el cual deberá examinar la licitud de la privación de libertad y decidir si puede continuar. Al hacerlo, deberá apreciar si hay razones de peso que justifiquen privar de libertad a una persona que se presume inocente y cuya culpabilidad o responsabilidad no ha sido establecida. Si el juez determina que estas razones existen, puede acordar la privación cautelar de la libertad, pero ésta no debe prolongarse más allá de lo razonable.

El derecho a ser juzgado dentro de un "plazo razonable" o a ser puesto en libertad consagrado en el artículo 7.6 está íntimamente relacionado con el derecho a ser oído dentro de un "plazo razonable" reconocido por el artículo 8.1 de la Convención.[94] En el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* la Corte conjugó antes exigencias bajo lo que denominó el "principio del plazo razonable" de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención, el cual: "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente".[95] De esta forma la Corte solapó dos requerimientos que responden a propósitos que no son idénticos. El artículo 7.5 quiere evitar la privación de libertad de una persona procesada durante un tiempo excesivo; el artículo 8.1, la duración desmesurada de un juicio, penal o de cualquier otra índole y, en lo que atañe a los de carácter penal, estén o no acompañados de la prisión provisional o preventiva del acusado. En otras palabras, el plazo razonable de un proceso penal –en el que no se haya acordado la detención del acusado– puede ser mayor al plazo razonable de la prisión provisional o preventiva de un acusado. El propio *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* muestra tímidamente esta diferencia, pese a la afirmación unificadora de la Corte ya citada, pues la sentencia examina separadamente la duración de la prisión preventiva y la del juicio y precisa que aquella se prolongó por más de tres años y diez meses, lo cual fue considerado desproporcionado porque se había sobrepasado el límite de la pena máxima prevista legalmente para el delito imputado, mientras que el procedimiento penal duró más de cincuenta meses, lo cual fue calificado como excesivo sin mayor argumentación. Pero la visión unificadora reaparece cuando la Corte declara la violación del

---

[92] *Ibid*.

[93] Ver entre otros, Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras,op. cit.*, párrs. 83 y ss.

[94] Sobre plazo razonable, véase también el comentario al artículo 8, de Juana María Ibáñez Rivas, el cual forma parte de la presente obra.

[95] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 70.

"derecho establecido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad".[96]

En todo caso, la jurisprudencia posterior ha delineado mejor el ámbito específico de cada uno de estos derechos. En el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* la Corte reiteró la doctrina actual sobre la materia:

> El Tribunal ha establecido que el artículo 7.5 de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona.[97]

Por tanto, se reconoce la especificidad de cada norma de la Convención, el artículo 7.5 y el 8.1, en lo que atañe al plazo razonable, sin negar su estrecha vinculación. En tal sentido, la Corte ha señalado que el artículo 7.5 "impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad".[98]

La jurisprudencia interamericana analiza la posible vulneración del artículo 7.5 teniendo presente lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención, que establece la presunción de inocencia.[99] Esta conexión es fundamental, pues ha de partirse de la presunción de inocencia del acusado y de su derecho a la libertad personal para entender el alcance del artículo 7.5 de la Convención.

El artículo 7.5 de la Convención, globalmente considerado, ampara no sólo frente a una prisión preventiva muy prolongada, sino también comprende el examen de la justificación misma de esta privación de libertad, con independencia de su duración. No obstante, la jurisprudencia interamericana se inclina a evaluar la justificación de la prisión preventiva bajo el parámetro de la prohibición de las detenciones arbitrarias del artículo 7.3, en concordancia con el artículo 8.2 de la Convención.

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que la prisión preventiva es excepcional y debe tener carácter cautelar, nunca punitivo o anticipativo de una condena. La Corte ha declarado que:

> En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.[100]

Por tanto, los dos motivos o fines que pueden fundamentar la prisión preventiva son los de "asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia", ya que sólo estos se avienen con el principio de proporcionalidad.[101] *Al evaluar la justificación de la prisión*

---

[96] *Ibidem*, párr. 75.

[97] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 119.

[98] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina, op. cit.*, párr. 70.

[99] Ver entre otros, Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit*. párr. 77; y Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 67.

[100] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit. párr.* 198. Ver también Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 111.

[101] Ver entre otros, Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.* párr. 93; y Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit*., párr. 121.

preventiva hay que tener en cuenta, por un lado, las exigencias del derecho a la libertad personal y de la presunción de inocencia, que por sí solas excluirían la privación de libertad de un simple acusado y, por otro lado, aquellas que dimanan del interés público en la persecución y castigo de los delitos y, en último término, en la tutela de los bienes jurídicos que estos protegen. Aquí entra en escena el principio de proporcionalidad, imponiendo una ponderación racional entre estas exigencias enfrentadas. La Corte Interamericana, siguiendo las orientaciones garantistas de la doctrina jurídica en la materia, ha cifrado el resultado de esa ponderación en que la prisión preventiva sólo es admisible como medida cautelar, esto es, subordinada al proceso penal y a sus fines, lo cual se traduce en que el acusado solamente puede ser privado de su libertad para evitar que obstaculice el desarrollo del proceso, en particular de las investigaciones, o se sustraiga a la acción de la justicia. Además, la proporcionalidad repercute en el examen del grado de vinculación del sujeto detenido con los hechos punibles investigados, razón por la cual "para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga…".[102] Estos indicios suficientes de participación en el delito investigado se refieren a la posible "culpabilidad"[103] de esa persona.

Conforme a estos criterios no son lícitos los fines puramente preventivos, no cautelares, como los referidos a impedir la repetición de infracciones o posibles alteraciones del orden público. Como tampoco lo son, obviamente, *los procedimientos masivos de detención carentes de "individualización de conductas punibles",*[104] eventualmente basados en la supuesta peligrosidad de algunos individuos. Además, las "características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva".[105]

Igualmente, en virtud de la excepcionalidad de la prisión preventiva, la "regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal".[106] Esta excepcionalidad rige con mayor rigor cuando se trate de la privación de libertad de un niño.[107] El derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia obligan, por otra parte, a una revisión periódica de la subsistencia de las razones que pudieron justificar la prisión preventiva.[108]

Infringen la Convención las disposiciones legales que excluyen a las personas acusadas de cometer ciertos delitos de la posibilidad de permanecer en libertad durante el proceso o de ser liberadas al cumplir la prisión preventiva una cierta extensión temporal. Así se desprende de la sentencia dictada en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, en el cual la Corte examinó el artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano, que prescribía la liberación de quienes hubieran estado privados de libertad durante el proceso por cierto tiempo, pero exceptuaba a quienes "estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas". Al respecto se determinó que había sido vulnerado el artículo 2, en concordancia con el 7.5 de la Convención, pues:

> esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.[109]

---

102 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 101.
103 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.,* párr. 198.
104 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras, op. cit.,* párr. 96.
105 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina, op. cit.,* párr. 74.
106 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 121.
107 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 229.
108 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina, op. cit.,* párr. 76.
109 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 98.

También se infringe la Convención, en particular su artículo 7.3, cuando la regulación legal sobre la prisión preventiva presupone la detención de los procesados como regla general, al exigir únicamente la existencia de indicios fundados de culpabilidad para ordenar la prisión preventiva.[110]

Un principio medular en materia de prisión preventiva es la proporcionalidad, la cual ha de tenerse en cuenta no sólo en un plano general o normativo sino también en el aplicativo. En este sentido puede interpretarse la afirmación de la Corte según la cual: "La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria".[111] Ante cierta clase de hechos punibles, de poca gravedad y penalidad (penas pecuniarias, p. ej.), puede quedar completamente descartada una prisión preventiva y, en los supuestos y dentro de los límites en que en principio esta sí sea admisible, han de examinarse las circunstancias del caso particular para determinar si se justifica. La Corte Interamericana, en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, explicó, en el párrafo ya reproducido, los tres escalones o exigencias del principio de proporcionalidad y sus implicaciones sobre la licitud de las privaciones de la libertad.[112] En igual dirección apunta la sentencia dictada, más recientemente, en el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela,* en la cual se declaró que:

> El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.[113]

Al evaluar si ha sido razonable la duración de la prisión preventiva la Corte ha considerado las circunstancias del caso particular. No ha fijado límites abstractos específicos, pero sí ha establecido el criterio fundamental de que, en atención a la presunción de inocencia y a la libertad personal, hay un momento a partir del cual la prisión preventiva, aún siendo necesaria desde la perspectiva de los motivos admisibles para acordarla y mantenerla, pasa a ser irrazonable, desproporcionada.

En cambio, la Comisión IDH, luego de analizar la legislación de los países del sistema, ha fijado un criterio "rector" o "guía" conforme al cual debe presumirse que son irrazonables los plazos de prisión preventiva que alcancen "las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado".[114] Esto no significa que los Estados estén autorizados a prolongar hasta ese límite la privación de libertad, a pesar de que con anterioridad su duración haya dejado de ser razonable en el caso concreto; supone solamente que al rebasarse esa frontera se presume, *prima facie*, la violación del artículo 7 de la Convención.

La Corte ha sentado la doctrina según la cual:

> el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites

---

[110] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 115 y 116.

[111] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 68.

[112] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 93.

[113] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit*., párr. 122.

[114] Comisión IDH. Informe nº 35/07, caso 12.553, Jorge y José Dante Peirano Basso vs. República Priental del Uruguay, 1 de mayo de 207, párr. 136; respecto de este informe ver. Modolell González, Juan Luis, *Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano*, en: Elsner, Gisela, Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel (Coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, KAS, Vol. 2, 2010, pp. 477 y ss.

> que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.[115]

Nótese que se distinguen tres supuestos en los cuales la prolongación de la prisión preventiva deviene ilícita: la cesación de las causas legítimas para adoptar una prisión preventiva; el rebasamiento del límite eventualmente fijado por la ley, y la superación del plazo que resulte razonable conforme al principio de proporcionalidad.[116]

IX. Derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que se pronuncie sobre la licitud de la privación de libertad

El artículo 7.6 de la Convención otorga a toda persona privada de libertad el derecho a recurrir ante un "juez o tribunal competente", para que éste decida, "sin demora", sobre la legalidad de la medida privativa correspondiente y ordene, si fuere ilícita, la liberación del afectado. Este derecho va dirigido a permitir el control judicial sobre las privaciones de libertad y se corresponde con la acción o recurso de hábeas corpus contemplado en muchos Estados del sistema interamericano, aunque contiene exigencias y conceptos autónomos de la Convención.

Conviene precisar la diferencia existente entre el derecho a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial previsto en el artículo 7.5 y el derecho al recurso judicial reconocido en el artículo 7.6 de la Convención. Ya decíamos que toda persona detenida o retenida ha de ser conducida sin dilación ante una autoridad judicial para asegurar el control judicial, de acuerdo con el artículo 7.5, lo cual hace innecesaria la invocación del artículo 7.6, si esa intervención judicial se produce con oportunidad de audiencia para el afectado y con observancia de las demás garantías procedimentales. No obstante, el recurso contemplado en el artículo 7.6 subsiste como herramienta procesal en manos de cualquier persona privada de libertad, frente a medidas que no hayan sido sometidas al control automático u obligatorio del artículo 7.5, o que hayan sido dictadas judicialmente pero sin colmar las exigencias de esta última disposición, incluyendo las del artículo 8.1. También cuando se interpone el recurso contra una privación de libertad, basada en orden judicial, por haber cambiado las circunstancias que en su momento pudieron haberla justificado.

El "juez o tribunal competente" a que se refiere el artículo 7.6 tiene que ser efectivamente una autoridad judicial o con funciones judiciales, en el sentido ya explicado al examinar el artículo 7.5. Conviene, sin embargo, precisar que no satisfacen este requerimiento los recursos que puedan ser presentados ante alcaldes u otros funcionarios administrativos, ni siquiera cuando la legislación prevé un recurso del detenido ante un tribunal en sentido propio contra la determinación del alcalde. Según la Corte Interamericana:

> el Estado, al exigir que los detenidos tengan que apelar las resoluciones del alcalde para que su caso sea conocido por una autoridad judicial, está generando obstáculos a un recurso que debe ser, por su propia naturaleza, sencillo.[117]

El artículo 7.6 también resulta vulnerado cuando es preciso agotar la vía administrativa para poder recurrir ante un tribunal, ya que se exige "el control jurisdiccional directo de los actos administrativos" que afecten la libertad personal.[118]

El recurso establecido en el artículo 7.6 tiene como finalidad principal la protección de la libertad personal ante medidas ilegales o arbitrarias que la menoscaben, pero la jurisprudencia de la Corte le ha

---

[115] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina, op. cit.,* párr. 76.
[116] Una prisión preventiva de trece años ha sido calificada como "a todas luces excesiva", *ibidem*, párr. 75.
[117] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit*., párr. 129.
[118] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 127.

atribuido, desde el comienzo, la finalidad complementaria de amparar el derecho a la integridad física y a la vida de las personas privadas de libertad. Ello en atención a que, como ya se expuso, la situación de detención supone riesgos para estos otros derechos, como lo ponen de manifiesto los casos de tortura, secuestro, desaparición forzada o asesinato de detenidos. De allí que se exija la comparecencia del detenido ante el juez,[119] como en el marco del artículo 7.5.

La Corte ha sostenido que el hábeas corpus:

> … para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.[120]

> El habeas corpus es uno de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que nunca pueden ser suspendidos, como la vida y la integridad personal, además de ser un instrumento de control de la legalidad extraordinaria que, en un Estado de Derecho, debe regir durante los estados de excepción. De ahí que el derecho previsto en el artículo 7.6 no pueda ser afectado por la declaración de un estado de excepción.[121]

La jurisprudencia suele poner al artículo 7.6 en conexión con los artículos 25.1 y 8.1 de la Convención, ya que el recurso previsto por aquel ha de reunir las notas de sencillez y rapidez del artículo 25.1, y la autoridad que lo resuelve ha de llenar los requisitos prescritos por el artículo 8.1. La Corte ha exigido igualmente la efectividad del mecanismo correspondiente, en consonancia con lo establecido en el artículo 25.1 y con la finalidad a la que responde el artículo 7.6. Esto no implica, sin embargo, que una vulneración del artículo 7.6 deba necesariamente alegarse o examinarse conjuntamente con la de esas otras normas, ya que "el artículo 7.6 de la Convención tiene un contenido jurídico propio, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad".[122] El principio de efectividad, además, "es transversal a la protección debida de todos los derechos reconocidos en ese instrumento".[123] La efectividad del recurso supone que este no ha de ser puramente teórico o ilusorio.[124] Ha de ser un medio procesal accesible para el detenido y sus familiares u otras personas allegadas,[125] apto para poner fin a una privación de libertad ilegal o arbitraria, lo cual comprende la posibilidad de dar pronta ejecución a lo decidido. La situación de incomunicación del detenido puede atentar contra el derecho consagrado en el artículo 7.6.[126] Por otra parte, este recurso no puede ser desplazado por mecanismos ordinarios no idóneos para poner fin prontamente a una privación ilícita de la libertad y cumplir las otras finalidades del artículo 7.6 antes señaladas.[127]

---

119 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 129.

120 Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 35 y 42". Ver también, Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 38.

121 Ver además de las opiniones consultivas precitadas, Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 50.

122 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 124.

123 *Idem*, párr. 123.

124 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 112.

125 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 64.

126 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, op. cit.*, párr. 53.

127 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 73.

Al evaluar la efectividad del recurso ha de tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que rodeen la privación de libertad, pues ante ciertos contextos o prácticas reiteradas aquella puede estar de entrada negada. Por ello se declaró, en el *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, que:

> al producirse la detención arbitraria del señor Juan Humberto Sánchez como parte del patrón imperante de ejecuciones extrajudiciales, éste no tuvo la posibilidad de interponer por sus propios medios un recurso sencillo y efectivo[128] que le permitiera hacer valer su derecho a la libertad personal y eventualmente que le hubiese evitado las conculcaciones a sus derechos a la integridad personal y vida".[129]

El juez o tribunal previsto en el artículo 7.6 ha de decidir "sin demora" sobre la licitud de la privación de libertad. La Corte ha considerado fundamental esta exigencia, ya que el rápido control judicial de las privaciones de libertad evita tanto el mantenimiento de detenciones ilegales o arbitrarias como la comisión de actos contrarias a la integridad física o a la vida del detenido. Esto cobra especial importancia frente al riesgo de desapariciones forzadas, pues la pronta intervención judicial contribuye a prevenirlas. Por ejemplo, lapsos de nueve o de veintiún días para resolver el recurso han sido calificados como excesivos.[130]

En ocasiones la Corte ha vinculado la efectividad del recurso contemplado en el artículo 7.6 con la posibilidad de que el detenido cuente con un defensor de su elección o con un defensor público, ante situaciones de especial vulnerabilidad, como en determinadas circunstancias puede ser la de los extranjeros. Así, la Corte ha establecido que:

> …es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos como el presente, en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.[131]

En lo que respecta a las facultades de la autoridad judicial que conoce del recurso, se ha determinado que ésta debe ostentar potestades que permitan ejercer un control judicial amplio sobre los aspectos fácticos y normativos de la privación de libertad. Además, el juez debe pronunciarse sobre las razones invocadas por el recurrente y no puede decidir simplemente con base en las afirmaciones de la administración: debe tener atribuciones para verificar los hechos de manera seria e independiente, incluso en materias ligadas a la seguridad de la nación.[132]

X. Prohibición de la prisión por deudas y garantías complementarias de la libertad personal

El artículo 7.7 de la Convención prohíbe la prisión por deudas y deja a salvo los mandatos de una autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios. Con esta salvedad se sustraen de la prohibición los casos de arrestos coercitivos previstos en algunos ordenamientos, mediante los cuales, dadas ciertas condiciones, se puede privar de la libertad al obligado en alimentos para compelerlo a satisfacer la obligación alimentaria.

---

[128] *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), op. cit*., párr. 165.

[129] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, op. cit.,* párr. 85.

[130] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, cit*., párr. 135; y Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 134.

[131] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 132.

[132] Ver Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras, op. cit.,* párr. 96; y Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú, op. cit.,* párr. 111.

Conviene finalmente aludir a otras exigencias destinadas a proteger la libertad personal que no están explícitas en el artículo 7 de la Convención pero que la jurisprudencia interamericana ha formulado en atención, principalmente, al deber de garantía de los derechos humanos, en particular de la libertad personal, que el artículo 1.1 de la Convención –que no siempre es invocado explícitamente– impone a los Estados, en concordancia con el artículo 7 de la Convención.[133] Al fundamentar estas obligaciones implícitas a veces se aduce también el artículo 2 de la Convención, relativo a la necesidad de adoptar disposiciones o medidas de orden interno para asegurar la efectividad de los derechos.[134]

Los Estados están obligados a que toda privación de libertad tenga lugar en "centros legalmente reconocidos", nunca en "centros clandestinos de detención", así como a llevar un registro de las detenciones practicadas, lo cual coadyuva a evitar las detenciones arbitrarias y la desaparición forzada de personas, ya que facilita el control sobre las privaciones de libertad. En tal sentido, la Corte Interamericana sostuvo, en el *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala,* que:

> la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica.[135]

En cuanto al registro de detenidos, la jurisprudencia ha precisado que debe reflejar la identificación de los detenidos y de quien haya practicado la detención; el motivo de la detención; el día y hora de ingreso y de liberación; información sobre la orden de detención, y la constancia de haber dado aviso al juez competente.[136]

Esta doctrina ha sido ratificada en casos referidos a menores de edad:

> es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención.[137]

Este registro cumple una función importante en la prevención, investigación y sanción de las privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad.

[133] Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op.cit.,* párr. 197.
[134] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, op. cit.,* párr. 189.
[135] Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op.cit.,* párr. 200.
[136] Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op.cit.,* párr. 197; y Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, cit.,* párr. 189.
[137] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina, op. cit.,* párr. *1*32.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepciones preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Artículos y publicaciones académicos

VAN DIEJK, Pieter y otros (Eds). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Antwerp: Intersentia Publishers, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence and ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011.

Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington DC, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Jornadas Itinerantes del Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación de México*, 2011, http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf

MEDINA QUIROGA, Cecilia, La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile, Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2003.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile* No. 5, 2009, pp. 15-34.

SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Cooperación Alemana al Desarrollo, 2012.

Índice

I. Introducción

El presente capítulo sistematiza los estándares establecidos por la Corte IDH respecto al contenido, exigencias y alcances del derecho a las garantías judiciales, reconocido en el artículo 8 de la CADH. La extensión y particular complejidad de esta sistematización se debe, no sólo a que la mayoría de los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana incluye controversias relacionadas con el debido proceso, sino a que, también en su mayor porcentaje, dichos litigios suponen un análisis de las garantías judiciales en relación con los demás derechos reconocidos en la Convención Americana.[1] A octubre de 2011, el Tribunal ha declarado una violación al artículo 8 de la Convención en más del 95% de los casos sujetos a su conocimiento y se ha referido al contenido y exigencias del mismo en el 50% de sus opiniones consultivas, quedando demostrado que el tema del debido proceso "ha sido y sigue siendo uno de presencia permanente en los casos que se presentan ante la Corte Interamericana".[2]

Previamente a la presentación de dichos estándares, es importante dejar en evidencia dos afirmaciones de principio declaradas por el Tribunal desde sus primeras sentencias, las cuales permiten comprender el análisis que éste realiza ante alegadas violaciones al artículo 8 de la Convención. La primera, que "[e]l esclarecimiento de si un Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos",[3] considerándolos como un todo –que incluya, de ser el caso, las decisiones de los tribunales de apelación,[4] o el análisis de los procedimientos que se vinculan y constituyen el presupuesto de un proceso judicial–[5] y llegando a evaluar, en determinados supuestos, si "la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención".[6] La segunda, que la Corte tiene atribuciones "para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos", mas "no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado", o de los particulares que hubiesen participado en esas violaciones,[7] ya que dicha "definición compete a los tribunales penales internos o a otros tribunales internacionales".[8] En este sentido, conforme lo ha

[1] Corte IDH. Informes anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 1980 a 2012, http://www.corteidh.or.cr/index.php/publicaciones.

[2] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 3. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

[3] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222, y *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 79.

[4] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, op.cit.*, párr. 222.

[5] Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 120, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 181.

[6] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala,* párr. 222,y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 22.

[7] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 134, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 162.

[8] Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y

declarado el propio Tribunal, "[e]n la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna".[9]

Por otro lado, la línea jurisprudencial de la Corte confirma que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los procesos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales",[10] a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.[11] Esas otras instancias procesales pueden comprender aquellas en las que se determinan derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. De manera que la amplitud en el desarrollo de este artículo se justifica también en la citada interpretación del Tribunal según la cual las garantías del artículo 8 superan los casos tradicionales de la jurisdicción penal e incluso los procesos estrictamente judiciales.

Dicho esto, corresponde hacer mención al extenso debate que surge de la jurisprudencia y doctrina respecto a la vinculación entre los dos derechos convencionales íntimamente ligados al derecho de acceso a la justicia,[12] a saber, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana), y a la necesidad o no de analizarlos de manera conjunta cuando se alega una violación de derechos humanos en un caso. Desde su primera sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* sobre excepciones preliminares, el propio Tribunal señaló que los Estados Parte de la Convención "se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)", dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos,[13] es significativo el número de sentencias en el que el Tribunal ha desarrollado de manera conjunta e indistinta las consideraciones relativas a ambos derechos. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia presenta también una serie de casos en los que la Corte Interamericana ha realizado una valoración independiente de los derechos concernidos, sin que la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por la violación de las garantías judiciales conlleve necesariamente la violación del derecho a la protección judicial o viceversa.

Frente a ello, encontramos una posición crítica en la doctrina, surgida incluso de los votos de la ex jueza y ex presidenta del Tribunal, Cecilia Medina Quiroga. Según la jueza Medina, a partir de lo establecido por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-9/87 sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* y en la sentencia del *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín vs. Trinidad y Tobago*, los derechos a las "garantías judiciales" y a la "protección judicial" son de distinta naturaleza y su relación es una de substancia a forma, "por cuanto el artículo 25 consagra el derecho a un recurso judicial mientras que el artículo 8 establece la manera como éste se tramita".[14] Por tanto, "[s]i se analiza el artículo 25 con los parámetros del artículo 8 […] se desvirtúa el sentido del primero".[15]

Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 87, y *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párrs. 93 y 119.

9 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C No. 49, párr. 47, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 211.

10 Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27, y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69.

11 *Ibidem*, párrs. 69 y 70.

12 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 61, y *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrs. 52 y 54.

13 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 155.

14 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.,* párr. 24, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 148.

15 Votos de la jueza Cecilia Medina Quiroga, en los casos Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo,

En todo caso, más allá del debate doctrinario sobre la materia, el análisis de la jurisprudencia permite identificar los estándares que el Tribunal ha establecido respecto a las garantías generales y mínimas del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la Convención. De esta manera, los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, en general, cualquier autoridad pública[16] podrán encontrar a continuación los criterios que, en aplicación del control de convencionalidad, deben implementar en el ejercicio de sus funciones.[17] Asimismo, los miembros de organizaciones no gubernamentales, defensores, presuntas víctimas y, en general, todo usuario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos podrá identificar en este texto la interpretación y alcances con los que la Corte Interamericana ha dotado de contenido al derecho a las garantías judiciales.

A partir de lo expuesto, el presente capítulo se estructura en seis apartados: el primero desarrolla las consideraciones generales sobre el artículo 8 de la Convención; el segundo se refiere a los titulares del derecho a las garantías judiciales; el tercero expone el contenido, exigencias y alcances del artículo 8.1 de la Convención; el cuarto presenta el contenido, exigencias y alcances del artículo 8.2 de la Convención; el quinto destaca las consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales respecto a determinados derechos reconocidos en la Convención, y el sexto anuncia la presentación de la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial.

II. Consideraciones generales sobre el artículo 8 de la CADH: los lineamientos del debido proceso legal y el derecho de acceso a la justicia

De acuerdo con las actas y documentos de la "Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos", que recoge los trabajos preparatorios de la Convención Americana, el proyecto de artículo 8, identificado en ese momento con el número 7, no fue modificado significativamente respecto del anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión IDH.[18]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constante al señalar que las "garantías judiciales" del artículo 8 se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia.

Así, en un primer momento, en atención a lo desarrollado en la Opinión Consultiva OC-9/87, la Corte afirmó que el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal", entendido éste como "[el] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos".[19] De esta manera, para que en un proceso existan

reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepciones preliminares y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

16 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

17 Para ejemplos de la aplicación del control de convencionalidad, véase, Fundación para el Debido Proceso Legal. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. Washington DC: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009. Asimismo, Corte IDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Diálogo Jurisprudencial. México D.F.: UNAM/IIDH, desde el año 2006.

18 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), pp. 16, 17, 483 y 484.

19 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 27; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit.*, párr. 69, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 156.

verdaderamente las garantías judiciales –también conocidas como garantías procesales–, es preciso que se observen todos los requisitos que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho",[20] es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".[21] De acuerdo con el Tribunal, "[l]os principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos".[22]

Asimismo, el Tribunal ha destacado que el artículo 8 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual, entendido por la propia Corte como una "norma imperativa de Derecho Internacional",[23] no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo.[24] A partir de ello se desprende que "los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos". Así por ejemplo, de acuerdo con la Corte, "[c]ualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia", debe entenderse contraria al artículo 8 de la Convención.[25] En el mismo sentido, el Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas".[26]

Por tanto, y en la línea de lo expuesto en la introducción al presente capítulo, debe quedar en evidencia que las garantías judiciales, "no establece[n] el derecho a un recurso", correspondiente al artículo 25 de la Convención, sino un amplio derecho al acceso a la justicia que regula la manera cómo esa justicia debe impartirse.[27]

III. Titulares del derecho a las garantías judiciales

En cuanto a los titulares del derecho, una lectura literal de la norma permite concluir que las garantías judiciales son exigibles en dos supuestos:

i) para "[t]oda persona […] en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella", es decir, para el acusado; y

ii) para "[t]oda persona […] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

[20] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, op. cit.,* párr. 147, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 80.

[21] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.,* párr. 28, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 80.

[22] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 115.

[23] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

[24] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, *y Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 188.

[25] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*, *op. cit.,* párr. 50.

[26] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79, y *Caso Mohamed vs. Argentina*. *op. cit.,* párr. 83.

[27] Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*.

De esta manera, en principio, las garantías judiciales "deben observarse en las instancias procesales con el fin de proteger el derecho de los individuos a que se resuelvan con la máxima justicia posible", por un lado, la culpabilidad o inocencia y, por el otro, "las controversias que se susciten entre dos partes –sean ellas particulares u órganos del Estado y sea que se refieran a materias que estén o no en el ámbito de los derechos humanos–".[28]

A mayor abundamiento, la Corte ha sido enfática al señalar que "[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona",[29] por igual,[30] independientemente de su condición como parte acusadora,[31] acusado[32] o incluso tercero en el marco de un proceso. Fue en el año 1997, en la sentencia del *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, que la Corte estableció de manera expresa que "[p]ara determinar la violación de[l] artículo 8 e[ra] preciso, en primer término, establecer si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Genie Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora".[33] De acuerdo con la jueza Medina, en dicha sentencia, sin mayor fundamentación, "[s]e dio […] una modalidad que introdujo el tema de terceros que podían tomar parte en el proceso penal y se asoció este derecho al derecho a la verdad que tienen ciertos familiares de las víctimas y a una manera de reparar a las víctimas". A criterio de la jueza Medina, al analizar el derecho a las garantías judiciales respecto del acusador y no del acusado, atendiendo a la redacción literal del artículo 8 de la Convención, la Corte debió fundamentar "las razones jurídicas de la fuente internacional de la que se podía desprender [dicho] derecho que tenía el afectado[, padre de la víctima, para ser oído ante el tribunal".[34]

Pese a dicho cuestionamiento, es claro que a nivel del sistema interamericano, frente a casos de graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal ha dispuesto que la alegada violación al derecho a las garantías judiciales se analiza respecto de los familiares de la víctima, a quienes el Estado debe garantizar el acceso a la justicia.[35]

IV. Garantías generales en el marco del derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1 de la CADH)

El párrafo 1 del artículo 8 de la Convención Americana se refiere a las garantías judiciales generales exigibles en el marco de un proceso, esto es: el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías. De acuerdo con el Tribunal, el artículo 8.1 debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu. Además, debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición

[28] *Ibid*.

[29] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 143.

[30] Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 209.

[31] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 75.

[32] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 146, y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 84.

[33] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit.*, párr. 75.

[34] Medina Quiroga, Cecilia. "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile* No. 5, 2009, p. 28.

[35] Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemal*a. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 97, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 207.

de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.[36]

Conforme fue mencionado en la introducción, la Corte ha enfatizado que las garantías generales del artículo 8 deben estar presentes en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, "y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal".[37] En ese sentido, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa –colegiada o unipersonal–, legislativa o judicial, "que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas", es decir, que "[e]l artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales", sino también a los que pese a no serlo formalmente, actúen como tal.[38]

No obstante ello, el Tribunal ha resaltado que a las autoridades públicas que adopten decisiones que determinen derechos,[39] que formalmente no son juez o tribunal, no les son exigibles aquellas garantías propias de un órgano jurisdiccional, pero que "sí debe[n] cumplir con [las] garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria".[40] Consecuentemente, la actuación de dichos órganos y autoridades con funciones de carácter materialmente jurisdiccional, "tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada",[41] precisamente para evitar cualquier arbitrariedad.[42]

Por otro lado, es importante destacar en este punto el tema materia de disidencia en la sentencia del *Caso Claude Reyes vs. Chile* referido a la aplicación o no de las garantías judiciales en procesos que, en estricto, no determinan un derecho pero que sí condicionan su posterior definición. El juez Alirio Abreu Burelli y la jueza Cecilia Medina Quiroga presentaron un voto disidente, mientras que el ex juez y ex presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, un voto razonado a la sentencia. El juez Abreu Burelli y la jueza Medina Quiroga señalaron que la importancia del artículo 8 como "garantía de todos los derechos humanos y […] requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho", "no puede ser trivializada aplicándola a situaciones que […] no pueden ser objeto de [su] regulación".[43] De esta manera enfatizaron que el presupuesto para la aplicación del derecho a las garantías judiciales es "que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho o que éste no haya amparado el desconocimiento del mismo por un particular", ya que, "[p]roducida la negación de un derecho la Convención crea a través del artículo 8 el derecho para las personas de que un órgano con las características que dicha disposición señala resuelva la controversia, es decir, el derecho a que se inicie

[36] Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo, *op. cit.,* párr. 96.

[37] Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28, y *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 117.

[38] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 118, y *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 118. Al respecto, ver asimismo, voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, voto concurrente del juez Diego García Sayán, voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay y voto concurrente de la jueza Rhadys Abreu Blondet. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*.

[39] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit.,* párr. 71, y *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit.,* párr.119.

[40] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.,* párr. 119, y *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 119.

[41] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 115.

[42] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.,* párr. 119, y *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 119.

[43] Voto disidente de los jueces Alirio Abreu y Cecilia Medina Quiroga, párr. 1. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*.

un proceso, donde las partes que discrepan puedan, *inter alia,* argumentar en su favor, presentar pruebas, objetar al contrario".[44]

Así, en el caso de referencia, que implicaba una petición de acceso a información y la negativa a otorgarla, los jueces Abreu y Medina consideraron que no se trataba de un proceso, entendido éste como "un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación concreta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada". Para ambos jueces, "el acto de denegar el acceso a la información, crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida, que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia". Por ello, los entonces jueces insistieron en que, "[t]ransformar la secuencia 'petición-negativa' en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece […], puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo". Asimismo, significaría "exigir para casos no penales la obligación de dos procedimientos jurisdiccionales, uno que regule la petición de la información y otro que revise su denegación, lo que no es una obligación de los Estados que emane de la Convención.[45] Por todo lo expuesto, los jueces Abreu y Medina concluyeron que "[e]l hecho de que el artículo 8.1 se aplica a los procesos que determinan (y no que afectan) derechos u obligaciones y que se abre cuando un acto del Estado ha afectado un derecho", significa que "se aplica cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, lo que no parece posible argüir respecto de la negativa de un funcionario de proveer información a un particular".[46]

Por su parte, en su voto razonado a la misma sentencia, el juez García Ramírez consideró que las garantías del artículo 8 "no se aplican solamente al juicio o proceso, sino al procedimiento del que depende, […], la definición de derechos y deberes", subrayando así "que esa aplicabilidad tiene el alcance que en cada caso permiten las características del procedimiento correspondiente".[47] Asimismo, en atención a los hechos del caso, el juez García Ramírez señaló que la decisión de aquella autoridad administrativa que negó el acceso a la información de la víctima, bien "podía ser combatida ante un órgano judicial –como en efecto se intentó– para que éste dispusiera en definitiva, y [que] la garantía del artículo 8.1 de la Convención era claramente aplicable al mencionado órgano judicial".[48]

Sin embargo, también para el juez García Ramírez "la existencia de un medio de control de la legalidad, por vía judicial, no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que éstas existan cuando se ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial". Así, "es preciso observar las garantías en todas las etapas, cada una de las cuales lleva, de manera provisional o definitiva, a la determinación de los derechos. El control que la última etapa promete al particular, no justifica que en la primera –cualquiera que sea, técnicamente, su encadenamiento– se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibirlas posteriormente".[49] Este extremo del voto del juez García Ramírez fue retomado por la Corte Interamericana en la sentencia del *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* en lo que concierne a la aplicación del artículo 25 de la Convención frente a casos "en donde se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa que se alega violatoria de los derechos de una presunta víctima".[50]

---

[44] *Ibidem*, párr. 2.
[45] *Ibidem*, párr. 3.
[46] *Ibidem*, párr. 4.
[47] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 14. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.*
[48] *Ibidem*, párr. 13.
[49] *Ibid.*
[50] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 203.

1. Derecho a ser oído en el proceso

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a ser oído "exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones".[51] Al respecto, la Corte ha establecido que si bien del artículo 8.1 de la Convención "no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento", ello no obstaría para que el Tribunal considere que "la oralidad es una de las 'debidas garantías' que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos".[52]

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana ha afirmado que la exigencia de que una persona sea oída "es equiparable al derecho a un 'juicio' o a 'procedimientos judiciales' justos". Sobre el particular, siguiendo al TEDH en los *Casos Kraska vs. Switzerland*, *Van de Hurk vs. the Netherlands*, *Van Kück vs. Germany* y, *Krasulya vs. Russia*, la Corte ha establecido que un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe "un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión".[53] En consecuencia, el estándar jurisprudencial supone que un juicio justo es aquél en el cual una persona ha sido oída con las debidas garantías.

De acuerdo con la Corte, el derecho a ser oído comprende entonces dos ámbitos, el formal y el material.

> *El ámbito formal o procesal del derecho* implica "asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba)".
>
> Por su parte, *el ámbito material del derecho*, supone "que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido". Para la Corte, "[e]sto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido".[54]
>
> En relación con la obligación estatal de nvestigar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención, el Tribunal ha reiterado que del artículo 8 de la Convención se desprende que "las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hecho y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación". [55]

2. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial, lo que nos remite a la impartición de justicia a través del juez natural. Conforme lo señaló el juez García Ramírez, en su voto razonado a la sentencia del *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, la intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye "un presupuesto del debido proceso" ya que, "en ausencia de aquél, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal". De esta manera, de acuerdo con el juez García Ramírez, si una persona

[51] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepcionespreliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 72; *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 120, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 228.

[52] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 75, y *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 120.

[53] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 121.

[54] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 122.

[55] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 225 y 227, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 199.

es juzgada o su litigio es resuelto por cualquier individuo u órgano que carezca de los citados atributos, el procedimiento que se sigue no merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina no constituye una auténtica sentencia.[56]

Asimismo, la Corte ha enfatizado que el concepto del juez natural debe regir "a lo largo de las diferentes etapas de un proceso" y, así, "proyecta[rse] sobre las diversas instancias procesales", en la medida que "el proceso penal es uno solo a través de dichas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores".[57]

Por ello, de acuerdo con el Tribunal, "el juez, como director del proceso, debe velar por que se cumplan a cabalidad las reglas del debido proceso de las partes", ya que el incumplimiento de éstas "podría acarrear [incluso] la aplicación de reglas de nulidad".[58]

a. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente

Este derecho constituye "un principio básico del debido proceso",[59] relacionado con el concepto de juez natural, que implica que "las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos"[60] de manera previa a los hechos materia del juicio. Dicho juez natural "deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la 'norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Part[e] para la formación de las leyes'". En consecuencia, en un Estado de Derecho "sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores".[61] Así por ejemplo, la Corte ha declarado la responsabilidad internacional de un Estado, cuando éste creó Salas y Juzgados *ad hoc* y designó jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso.[62]

Cabe destacar que, frente a casos que involucran juzgamiento por jueces o tribunales incompetentes, en algunas sentencias, la Corte "ha considerado innecesario pronunciarse respecto a los otros aspectos del proceso penal que pudieran ser alegados como violatorios del artículo 8 de la Convención", en la medida que "se está ante un procedimiento viciado desde su origen, lo cual implica que [la víctima] no tuvo acceso a las garantías judiciales".[63] Por tanto, como señaló el juez García Ramírez en su voto razonado al *Caso Usón Ramírez*, "[e]n cierto modo se trata –para emplear una expresión utilizada en cuestiones probatorias– de 'frutos de un árbol envenenado".[64] Dicha situación se ha presentado en la mayoría de los casos en los que la justicia militar intervino cuando no era competente, tema que desarrollamos a continuación.

---

[56] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

[57] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 161, y *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 280.

[58] Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 77.

[59] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.*, párr. 129, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 109.

[60] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 75.

[61] *Ibidem*, párr. 76.

[62] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 114.

[63] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 115; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit.*, párrs. 120 y 124*, y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 191.

[64] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 10. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.*

- **La jurisdicción militar no es competente para juzgar a civiles ni para conocer de casos de violaciones a derechos humanos**

En lo que concierne a la jurisdicción militar[65] resulta particularmente interesante revisar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal para, a partir de ello, presentar los respectivos estándares.

La primera sentencia emitida por el Tribunal respecto de un caso que involucraba la aplicación de la jurisdicción militar fue el de *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. En dicha sentencia la Corte Interamericana señaló que "la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa *per se* que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora".[66] En ese sentido, la Corte verificó si en dicho proceso, con independencia de si se sustanció ante el fuero militar, se respetaron las debidas garantías. El Tribunal constató que el padre de la víctima "pudo intervenir en el procedimiento militar, ofrecer pruebas, ejercitar los recursos respectivos y finalmente acudir en casación ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua", concluyendo que "no p[odía] afirmarse que la aplicación de los decretos sobre enjuiciamiento militar hubiese restringido sus derechos procesales protegidos por la Convención".[67]

Posteriormente, en el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú,*[68] la Corte se enfrentó al hecho de que la víctima fue juzgada ante el fuero militar por "jueces sin rostro", es decir, por jueces respecto de los cuales era imposible conocer su identidad, situación que, para el Tribunal, determinaba la imposibilidad para el procesado de valorar la competencia de aquellos. En dicha oportunidad, la Corte consideró que los tribunales castrenses actuaron *ultra vires*, usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios.[69] A partir de ello concluyó que la víctima "fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso".[70]

Fue hasta el *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*[71] y, un año después, en el *Caso Durand y Ugarte vs. Perú,*[72] que la Corte comenzó a extenderse en el establecimiento de los estándares frente a la aplicación de la jurisdicción militar.

A partir de dicha evolución y tomando en cuenta la más reciente jurisprudencia sobre la materia, cabe destacar, en primer lugar, que el Tribunal ha observado que "la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas".[73] En la misma línea, ha hecho notar que, "en los Estados democráticos, en tiempos de paz", la jurisdicción militar "ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer".[74] En ese sentido, la Corte ha declarado que, en caso de que un Estado conserve la jurisdicción militar, ésta debe cumplir con tres características: i) tener un alcance restrictivo y excepcional;[75] ii) "encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno"[76] y, iii) "estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares".[77]

---

[65] Sobre fuero militar, véase también el comentario al artículo 2, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Carlos María Pelayo Möller, el cual forma parte de esta obra.

[66] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit.*, párr. 84.

[67] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit.*, párr. 85.

[68] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

[69] *Ibidem*, párr. 61.

[70] *Ibidem*, párr. 62.

[71] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*.

[72] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

[73] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.* párr. 128.

[74] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.*, párr. 132, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 108.

[75] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú, op.cit.* párr. 117, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 158.

[76] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.*, párr. 132, y *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 272.

[77] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú, op. cit.*, párr. 117, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr.

Para materializar el alcance restrictivo y excepcional de la jurisdicción militar, el Tribunal ha enfatizado que ésta debe tener limitaciones específicas en razón de la persona y de la materia.

> *En razón de la persona*, la jurisdicción militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo,[78] de manera que debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles o de militares en retiro, quienes no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter.[79]
>
> *Respecto de la materia o del bien jurídico que involucra el caso*, en el fuero militar sólo se debe juzgar "por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar".[80] Por tanto, la Corte ha establecido que "la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria".[81] De acuerdo con el Tribunal, este estándar "es una garantía del debido proceso que se deriva de las obligaciones mismas contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana" y no depende únicamente de que así lo haya reafirmado la Corte a lo largo de su jurisprudencia".[82] En el *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia,* la Corte precisó que si bien dicho estándar se ha desarrollado principalmente a través de casos sobre graves violaciones de derechos humanos, esto sólo se debe a que los hechos sometidos a la jurisdicción de la Corte tenían ese carácter y no a que única y exclusivamente en dichos casos la competencia para conocer del caso recaiga en la jurisdicción ordinaria.[83]

De esta manera, la Corte ha establecido que cuando una ley otorgue competencia al fuero militar y determine las normas penales militares aplicables en dicho fuero, "deberá establecer claramente y sin ambigüedad: a) quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares; b) cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar; c) la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y d) la correspondiente sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad". Como contrapartida, las autoridades que ejerzan la jurisdicción militar deberán regirse "por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito".[84] En el mismo sentido, un Estado no debe crear "tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios",[85] a fin de "evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o *ad hoc*".[86]

197.

[78] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.*, párr. 128, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 158.

[79] Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, *op. cit.,* párr. 151; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú, op. cit.,* párr. 117, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 111.

[80] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit*, párr. 128, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 158.

[81] *Ibid*.

[82] Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 241.

[83] *Ibidem*, párr. 243.

[84] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.,* párrs. 125 y 126, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 110.

[85] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit,* párr. 129, y *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 50.

[86] Corte IDH. ***Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela,*** *op. cit,* párr. 50.

Así, cuando un tribunal militar ha resuelto un caso que no involucra un bien jurídico castrense o respecto de un individuo que no forma parte activa de las fuerzas armadas, la Corte ha declarado de manera categórica la invalidez del proceso y ha ordenado que se garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal o, simplemente ha dispuesto que los hechos sean efectivamente investigados por los órganos y jurisdicción competentes, dejando a la jurisdicción interna la decisión sobre la figura procesal para dejar sin efecto el proceso violatorio de la garantía al juez competente. Siguiendo al juez García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del *Caso Usón Ramírez*, al tratarse de un proceso en el que la jurisdiccón militar no tiene competencia, la eventual orden de un nuevo juicio "no […] afect[a] la cosa juzgada –que no se produjo– ni […] la prohibición de doble proceso por los mismos hechos o los mismos delitos –porque el primer procedimiento no fue, en rigor, un auténtico proceso a merced [de] la fórmula *ne bis in idem*".[87]

Por todo lo expuesto, de acuerdo con el Tribunal, "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.[88] Dicha afirmación también resulta aplicable cuando el proceso está en la etapa de investigación ante el Ministerio Público Militar ya que la incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar "no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación", dado que la actuación de dicho Ministerio Público "constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente".[89]

b. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal independiente

La Corte ha establecido que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, la cual el Tribunal ha entendido como "esencial para el ejercicio de [sus] funci[ones]".[90]

En ese sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que el ejercicio independiente de las funciones de los jueces debe ser garantizado por el Estado a través de dos facetas, la institucional y la individual.

> *Desde la faceta institucional*, en relación con el Poder Judicial como sistema, el Estado debe evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos a dicho Poder.[91]
>
> *Desde la faceta invidividual*, con relación a la persona del juez específico, se debe evitar que éste se encuentre sometido a restricciones o presiones indebidas por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.[92] A modo de ejemplo, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros*, la Corte observó que "de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, e[ra] realizado por el Ministro del sector pertinente" y que "[l]os miembros del Consejo Supremo Militar [eran] quienes, a su vez, determina[ban] los futuros ascensos, incentivos profesionales y

87 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 7. *Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*.

88 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 128, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit,* párr. 158, nota al pie 229.

89 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 177, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, op. cit.,* párr. 238.

90 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 97.

91 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 55, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 186.

92 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit,* párr. 55, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit,* párr. 186.

asignación de funciones de sus inferiores", constatación que para el Tribunal "p[uso] en duda la independencia de los jueces militares".[93]

En esa misma línea, y teniendo en cuenta los *Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura*, el Tribunal ha resaltado que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es, precisamente, la garantía de la independencia de los jueces y que, para tales efectos, "los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución".[94] En consecuencia, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Campbell and Fell vs. the United Kingdom* y *Langborger vs. Sweden*, así como en los citados Principios Básicos de las Naciones Unidas, la Corte ha establecido que de la independencia judicial se derivan tres garantías: un adecuado proceso de nombramiento,[95] la inamovilidad en el cargo[96] y la garantía contra presiones externas.[97]

En cuanto al proceso de nombramiento, el Tribunal ha señalado que, para la implementación de un verdadero régimen independiente, los Estados deben establecer procedimientos que respeten parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, a fin de evitar un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, y promover que las personas escogidas sean las más idóneas.[98]

Respecto a los alcances de la inamovilidad, la Corte ha tomado como referencia los citados Principios Básicos 11 y 12 según los cuales "[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos", tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos". En ese sentido, a partir de la Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte destacó que "los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la [C]onstitución o la ley", así como el correspondiente ejercicio del derecho de defensa.[99] Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces "fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias".[100] Consecuentemente, "los jueces provisorios y temporales deben contar con cierto tipo de estabilidad en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción".[101]

En cuanto a la garantía contra presiones externas, los referidos Principios Básicos 2 y 4 disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan "basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo".[102] De esta forma, "el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas

93 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit*, párrs. 129 y 130.

94 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. *op. cit.*, párr. 73, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 186.

95 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit.*, párr. 75, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 98.

96 *Ibid*.

97 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit.*, párr. 73, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 186.

98 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 74.

99 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit.*, párr. 74, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 99.

100 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 44, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 99.

101 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.*, párrs. 105 y 117.

102 *Ibidem*, párr. 100.

en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan".[103]

Sobre el particular, a continuación presentamos el desarrollo jurisprudencial de dos supuestos específicos en los cuales la Corte se ha referido a la independencia judicial: los jueces provisorios y los juicios políticos.

(1) La independencia judicial en relación con el nombramiento, permanencia y la destitución de jueces provisorios

El Tribunal ha señalado que "el Estado debe ofrecer las garantías que emanan del principio de la independencia judicial, tanto a los jueces titulares como a los provisorios".[104] Los jueces provisorios y temporales son, por definición, elegidos de forma distinta a los jueces titulares y no cuentan con una permanencia ilimitada en el cargo. Así, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, "aunque las garantías con las que deben contar los jueces titulares y provisorios son las mismas […], éstas no conllevan igual protección para ambos tipos de jueces". No obstante, en cuanto al proceso de nombramiento, la Corte Interamericana ha indicado que ello "no quiere decir que los jueces provisorios y temporales no deban contar con ningún procedimiento al ser nombrados, [pues] según los [ya citados] Principios Básicos '[t]odo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos'".[105]

Asimismo, en lo que concierne a la inamovilidad, el Tribunal ha manifestado que los jueces provisorios pueden disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que ponga fin legal a su mandato,[106] "tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente".[107]

Finalmente, en lo que corresponde a la garantía contra presiones externas, la Corte ha señalado su estrecha vinculación con la de inamovilidad del cargo, "toda vez que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial".[108]

Sin perjuicio de lo expuesto, la Corte ha sostenido que "los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial".[109] En esa misma línea, el Tribunal ha precisado que "para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes". Ello explica que la provisionalidad sea admisible como

---

[103] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit*., párr. 146, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 186.

[104] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 114, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit*., párr. 103.

[105] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit.,* 115, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 104.

[106] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 116, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 105.

[107] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. op. cit*., párr. 43, y *Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 105.

[108] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit*., párr. 117, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 106.

[109] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. op. cit*., párr. 43, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. op. cit*., párr. 107.

excepción y que deba tener una duración limitada en el tiempo, "en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad".[110]

(2) La independencia judicial en relación con los juicios políticos

En el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, referido a la destitución arbitraria de tres magistrados producto de la aplicación de una sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político, la Corte estimó necesario recordar que "toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete".[111] Al respecto precisó que es ilícita "toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención", y que esto es más importante "cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción".[112]

Adicionalmente, la Corte se refirió a la necesidad de garantizar la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho "y, en especial, la del juez constitucional" por la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento.[113] Esto en atención a las causas que, en el caso concreto, derivaron en el ejercicio de atribuciones del Congreso para llevar a cabo el juicio político y determinar la responsabilidad de los citados magistrados del Tribunal Constitucional.

c. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal imparcial

La Corte ha establecido que el debido proceso tiene como uno de sus presupuestos fundamentales "que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial".[114] Esto supone que "el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio", lo que a su vez permite "que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática".[115]

En ese sentido, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Daktaras vs. Lithuania*, la Corte estableció que la imparcialidad del juez debe analizarse desde dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva:[116]

La imparcialidad personal o subjetiva supone que "el juez que interviene en una contienda particular se aproxima a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal".[117] Dicha imparcialidad "se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes".[118] En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, siguiendo al Tribunal Europeo en el *Caso Kyprianou vs. Cyprus*, la Corte ha indicado que se debe tratar de determinar "si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el

---

[110] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, op. cit*., párr. 118, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit*., párr. 107.

[111] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. op. cit*., párr. 77.

[112] *Ibidem*, párr. 68.

[113] *Ibidem*, párr. 75.

[114] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit*., párr. 171, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 177.

[115] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit*., párr. 171, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit*., párr. 117.

[116] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit.*, párr. 171, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chil*e, *op. cit*., 189 y 234.

[117] *Ibid.*

[118] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit*., párrs. 189 y 234.

caso sea asignado a él por razones personales", lo que permite conocer sus intereses o motivaciones personales en un asunto determinado.[119]

Por su parte, *la imparcialidad objetiva* se prueba ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.[120] Conforme al Principio 2 de los referidos Principios Básicos de las Naciones Unidas "el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho".[121] De esta manera, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Pabla KY vs. Finlad* y *Morris vs. the United Kingdom,* "se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia".[122] Así por ejemplo, la Corte ha declarado que si "las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra […] grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos", se afecta considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.[123]

Dicho esto, y ya que la garantía de imparcialidad judicial debe ser respetada por las autoridades judiciales *ex oficio,* la Corte ha señalado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Micallef vs. Malta* y *Castillo Algar vs. Spain*, que "si existe una razón legítima y objetiva para poner en duda [dicha] imparcialidad […], [el juez] debe inhibirse de participar en la adopción de la decisión que corresponda".[124]

Frente a los casos en que un juez no se inhiba y exista duda de su imparcialidad, la Corte ha desarrollado la figura de la recusación, a partir de la cual "[se] otorga derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal d[e éste], existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiendo de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado".[125] En tal sentido, de acuerdo con el Tribunal, "la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la [j]urisdicción". Sin embargo, si bien "la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial", no es un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, "un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es –o actuará de forma– parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es –o actuará de forma– imparcial".[126]

Sobre el derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal imparcial, presentamos la jurisprudencia de la Corte Interamericana en dos supuestos específicos: el órgano legislativo encargado de los juicios políticos y los organismos de supervisión profesional médica.

(1) Imparcialidad en el órgano legislativo encargado de los juicios políticos

En el *Caso* del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, en el marco del juicio político llevado a cabo por el Congreso de la República respecto a tres de los magistrados de dicho órgano, la Corte encontró probado,

---

[119] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit*., párr. 234.
[120] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit*., párr. 171, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* 189.
[121] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit*., párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 189.
[122] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit*., párr. 170.
[123] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit*., párrs. 129 y 130.
[124] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit*., párr. 147*, y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit*., párr. 238.
[125] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit*., párr. 63.
[126] *Ibidem*, párr. 64.

inter alia: i) “que 40 congresistas enviaron una carta al Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciara sobre la inconstitucionalidad o no de [una] Ley […], relativa a la reelección presidencial”; ii) “que algunos de los congresistas que enviaron dicha comunicación luego participaron en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso [del juicio político]” promovido en el Congreso frente al pronunciamiento de los tres magistrados sobre dicha ley, y iii) que pese a la prohibición expresa del Reglamento del Congreso, algunos miembros de la Comisión Permanente de éste participaron en la votación sobre la destitución constitucional de los referidos magistrados. Por tanto, el Tribunal concluyó que “el Congreso, en el procedimiento del juicio político, no aseguró a los magistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana”.[127] Así, haciendo mención a los citados Principios Básicos de las Naciones Unidas, la Corte recordó que, en cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, “la autoridad a cargo del proceso […] debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”.[128]

(2) Imparcialidad en los organismos de supervisión profesional médica

En el *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, la Corte consideró oportuno expresar algunas consideraciones respecto a la imparcialidad en la labor que realizan los organismos de supervisión profesional médica, tomando como referencia la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, todas ellas aprobadas por la Conferencia General de la UNESCO.

El Tribunal señaló que, “[d]entro de las funciones de los tribunales de colegios profesionales de la medicina, están las relativas al deber de supervisar y velar por el ejercicio ético de la profesión y proteger aquellos bienes jurídicos que se relacionan con la práctica médica, tales como la vida, la integridad personal y el manejo de la información médico científica sobre la salud de los pacientes”.[129] En razón de ello, la Corte Interamericana consideró “fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional, guiándose por los lineamientos generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica”. Ello, sobre todo, teniendo en cuenta que “las conclusiones a las que llegan los órganos profesionales pueden influir de manera significativa en el examen que hagan, a su vez, las instancias del Estado, aun cuando éstas no se hallan formalmente limitadas, condicionadas o vinculadas por aquéllos”.[130]

3. Derecho a que el juez o tribunal decida los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable

Reconociendo que el “plazo razonable” no es un concepto de sencilla definición,[131] el Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia “debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable”,[132] ya que una demora prolongada o “[l]a falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”.[133] Conforme

[127] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit*., párr. 78.
[128] *Ibidem*, párr. 74.
[129] Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 77.
[130] *Ibidem*, párr. 78.
[131] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit*., párr. 77.
[132] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 73, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala.* Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 152.
[133] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, op. cit*., párr. 145, y *Caso Masacre de*

lo precisa la jueza Medina Quiroga en su voto disidente a la sentencia en el *Caso López Alvarez vs. Honduras*, los procesos a que dan origen las acciones que interpone una persona "no son recursos rápidos y simples que deban resolverse en días y sin mayor trámite. Por el contrario, el plazo que se da al Estado para concluir los procesos se contará probablemente no en días ni en meses, sino que a menudo en años, ya que se requiere un tiempo considerable para que se resuelva en un juicio un asunto de fondo, ya sea de carácter penal o civil, porque hay que darle a las partes la posibilidad, *inter alia*, de buscar pruebas, presentarlas a juicio, objetar las del contrario y hay que darle al tribunal la posibilidad de ponderar todo esto con cuidado. De ahí que el plazo debe ser 'razonable', lo que significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto".[134]

Al respecto, siguiendo al Tribunal Europeo en el *Caso Guincho vs. Portugal*, la Corte ha establecido que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento –incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse–, hasta que se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción.[135] Particularmente en materia penal, "este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito", por ejemplo, en la fecha de la aprehensión del individuo[136] o, en caso de que ello no proceda, a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.[137] Así, el principio de "plazo razonable" tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.[138]

Adicionalmente, cabe destacar que si bien en un inicio el Tribunal reconoció que el período de cumplimiento de una sentencia corresponde al análisis del artículo 25.2.c) de la Convención por tener éste "vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos",[139] dicho estándar ha sido matizado con posterioridad al considerar que "el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable" de tal proceso".[140]

Dicho esto, la Corte ha establecido que la determinación de la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso debe considerar cuatro elementos, en la misma línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Motta* y *Ruiz Mateos vs. Spain*: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales,[141] y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.[142] Cabe destacar que, en la valoración de dicho plazo razonable, la Corte observa también la legislación nacional sobre la materia.[143]

Santo Domingo vs. Colombia, *op. cit*., párr. 164.

134 Voto disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 3. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*.

135 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit*., párr. 71, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit*., párr. 152.

136 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit*., párr. 70.

137 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 168.

138 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit*., párr. 70.

139 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 84, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit*., párr. 149.

140 Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit*., párrs. 149 a 50.

141 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, *op. cit*., párr. 77, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit*., párr. 164.

142 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 164.

143 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 130, y *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, *op. cit*., párr. 160.

En cuanto a *la complejidad del asunto*, la Corte ha tenido en cuenta diversos criterios para determinarla.[144] Entre ellos, "la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas", "el número importante de incidentes e instancias",[145] la propia complejidad de la prueba,[146] la pluralidad de sujetos procesales[147] y presuntas víctimas,[148] la imposibilidad de detener a los inculpados,[149] el tiempo transcurrido desde la violación,[150] las características del recurso consagradas en la legislación interna,[151] el contexto en el que ocurrió la violación,[152] si el asunto comprende debates técnicos,[153] si se trata de asuntos de gran relevancia y/o que requieran de un cuidado especial, así como de si supone procesos usuales para los Estados.[154] En todo caso, citando al Tribunal Europeo en el *Caso Baraona vs. Portugal*, la Corte señaló que "[a]ún si se estuviese ante una causa compleja en sus aspectos de fondo, los tribunales internos deben actuar con la debida prontitud en la resolución de la causa para el conocimiento de la misma".[155]

Respecto a *la actividad procesal del interesado*, de acuerdo con la Corte, se deben evaluar los "comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna",[156] a fin de verificar si del expediente ante la Corte se desprende que las presuntas víctimas o sus familiares hayan entorpecido o demorado los procesos judiciales.[157] Citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Guichon vs. France*, *Stoidis vs. Greece* y *Glaser vs. the United Kingdom*, la Corte señaló que "[s]i la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable".[158] Así, la Corte ha evaluado, *inter alia*, si el interesado obstaculizó el proceso interno o si participó activamente haciendo todo lo posible para avanzar en la resolución del mismo;[159] si hubo desinterés de su parte, o

---

[144] Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, párr. 156.

[145] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit*., párr. 78, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*,párr. 165.

[146] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit.*, párr. 78; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 157, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit*., párr. 158.

[147] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 106; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. *op. cit*., párr. 133, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 165.

[148] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 221, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.* párr. 165.

[149] Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op. cit*., párr. 156.

[150] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 150; *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 245, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, párr. 158.

[151] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, op. cit.*,, párr. 83, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, párr. 158.

[152] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 184; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 293, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op. cit.*, párr. 156.

[153] Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 163 y 176, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 165.

[154] Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 67.

[155] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 130.

[156] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina, op. cit.*, párr. 57.

[157] Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op. cit.*, párr. 157.

[158] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina, op. cit.*, párr. 57.

[159] Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 68; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, 169-175, y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 226.

si se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación del país.[160]

Respecto a la *conducta de las autoridades judiciales*, se evalúan los comportamientos que por acción u omisión afectan la prolongación de la actuación judicial interna, en lo que concierne a las autoridades judiciales,[161] así como todos aquellos procesos o procedimientos no judiciales que de alguna manera inciden en la causa y que pueden dejar entrever el comportamiento de las autoridades públicas.[162] Así por ejemplo, no se respeta el plazo razonable en caso de que una investigación haya sido abandonada sin llegar a la identificación y a la sanción de los responsables,[163] ni cuando las autoridades no aceleran el proceso a su cargo y no tienen en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos de los implicados.[164] En su análisis, el Tribunal ha valorado también la actuación de las autoridades del Estado en calidad de parte demandada en el proceso, con el fin de establecer si se les podrían atribuir las dilaciones.[165] Asimismo, y vinculado al elemento anterior, el Tribunal ha señalado que "el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo […] que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios".[166]

En lo que concierne a *la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo*, el Tribunal ha señalado que "[s]i el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve". Para ello, se deberá tomar en consideración, entre otros elementos, la materia objeto de controversia.[167] De esta manera, no se respetan las exigencias del plazo razonable cuanto no se tienen en cuenta los derechos e intereses en juego en el proceso, o las afectaciones significativas, irreversibles e irremediables que el retraso en la decisión judicial puede generar en la situación jurídica y los derechos de las personas involucradas.[168] A partir de ello, en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, que involucraba a un niño con discapacidad, el Tribunal consideró que "en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos" y se eviten efectos negativos de carácter irreversible.[169] No obstante, sobre este cuarto elemento, incluido a partir del año 2008 en la sentencia del *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, la Corte ha emitido fallos en los cuales ha considerado innecesario analizarlo para determinar la razonabilidad o no del plazo,[170] situación que ha generado cuestionamientos en la doctrina.[171]

La Corte ha declarado que "la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del

---

[160] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 79.

[161] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 57.

[162] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 131.

[163] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 162.

[164] Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.,* párr. 70; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párrs 179-186, y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 227.

[165] Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 187.

[166] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 114 y 115, y *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 207.

[167] Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op. cit.,* párr. 155; *Caso Forneron e hija Vs. Argentina, op. cit.,* párr. 75, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párrs. 194-195.

[168] Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.,* párr. 76.

[169] Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párrs. 196 y 203.

[170] Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 138, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 165.

[171] Salmón, Elizabeth y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Cooperación Alemana al Desarrollo, 2012, pp. 204, 222, 223 y 227.

plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares”[172] de cada caso, pues en determinados supuestos “el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”.[173] Sin embargo, en algunos casos también ha considerado que no es necesario analizar los citados cuatro elementos “dado que es evidente que el tiempo transcurrido sobrepasa excesivamente el plazo que pudiera considerarse razonable” para que el Estado investigue los hechos, “máxime si se tiene en cuenta que a ese tiempo se le deberá sumar aquel que tome la individualización e identificación de los responsables y el trámite del proceso penal con sus distintas etapas, hasta la obtención de una sentencia firme”.[174]

Asimismo, la Corte ha establecido que “no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional”,[175] o “una sobrecarga crónica de casos pendientes.[176] En todo caso, la jurisprudencia establece que “corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable”,[177] por ejemplo, “si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el caso”.[178] En caso de no demostrarlo, la Corte “tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto”.[179]

Finalmente en este punto, y sin perjuicio de lo desarrollado en el capítulo sobre el “Derecho a la Libertad Personal”, corresponde hacer una *precisión sobre la relación entre el concepto del plazo razonable en el proceso judicial y el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad,* reconocido en el artículo 7.5 de la Convención. De acuerdo con la Corte, pese a que “ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona”, es necesario distinguir entre el artículo 7.5 sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, y el artículo 8.1 referido al plazo para la conclusión del proceso.[180] Sobre el particular, la Corte ha establecido que “[c]uando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas de la privación de libertad” y “[e]ste derecho del individuo trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad”.[181,182]

4. Deber de motivar las resoluciones en un proceso

El deber de motivar las resoluciones es una de las “debidas garantías” vinculada con la correcta administración de justicia para salvaguardar el derecho a un debido proceso.[183] La Corte ha estabecido que

[172] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit.,* párr. 171, y *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.,* párr. 244.
[173] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 149, y *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.,* párr. 244.
[174] Corte IDH. *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 153.
[175] Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil, op. cit.,* párr. 137. y *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.,* párr. 74.
[176] *Ibid.*
[177] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, op. cit.,* párr. 145, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 162.
[178] Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 257, y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 237.
[179] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.,* párr. 156, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 162.
[180] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 119.
[181] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 70, y *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. op. cit.,* párr, 120.
[182] Sobre derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable véase también el comentario al artículo 7, de Jesús María Casal, el cual forma parte de esta obra.
[183] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, op. cit.,* párr.

la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión",[184] de manera que "protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática".[185]

Por tanto, en la misma línea de lo declarado por el Tribunal Europeo en el *Caso Hadjianastassiou vs. Greece*, la Corte Interamericana ha señalado que "las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias,[186] ya que "la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas", que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.[187] Además, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, la motivación proporciona a las partes la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.[188]

No obstante ello, el Tribunal ha sido claro al señalar que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, "sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha".[189] Asimismo, la Corte ha afirmado que "el requisito de que la decisión sea razonada, no es equivalente a que haya un análisis sobre el fondo del asunto, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso".[190]

En consecuencia, "la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión", de manera clara y expresa, "a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad".[191] Por su parte, en el ámbito disciplinario se vuelve "imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad".[192]

5. Derecho a la defensa

El derecho a la defensa "obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo".[193] Conforme a lo establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, "es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables".[194]

77, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 141.

[184] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 107; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 141, y *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. Excepcion preliminar y fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247, párr. 100.

[185] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 77; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 141, y *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 100.

[186] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 141.

[187] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 78, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párrs. 141 y 148.

[188] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 78, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 148.

[189] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 90, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 146.

[190] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 94.

[191] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 122, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 141.

[192] Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 120.

[193] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 29, *y Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 117.

[194] Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 117 y 119, y *Caso Hilaire,*

Al respecto, la Corte Interamericana ha resaltado que el derecho a la defensa, necesariamente, debe "poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso,[195] incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena".[196]

De acuerdo con el Tribunal, "[s]ostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, […], a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención".[197] En esa misma línea, el Tribunal ha establecido que "[i]mpedir que la persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona".[198]

Las garantías mínimas del derecho de defensa son desarrolladas en el siguiente apartado correspondiente al artículo 8.2 de la Convención.

V. Garantías mínimas en el marco del derecho a las garantías judiciales (artículo 8.2 de la CADH)

La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención establece las garantías mínimas que, "por lo menos", deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal.[199]

De acuerdo con el Tribunal, "[a]l denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal"[200]. Por ello, "la Convención no impide que los Estados adopten medidas adicionales a aquellas reconocidas en el artículo 8.2",[201] asumiendo una "extensión *pro persona* por obra de ordenamientos nacionales o internacionales y de interpretaciones jurisprudenciales".[202]

En este punto, es importante destacar que "[l]a Convención no acoge un sistema procesal penal en particular[sino que d]eja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que [se] respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional".[203]

Por otro lado, cabe resaltar que si bien la redacción del artículo se refiere al derecho de "[t]oda persona inculpada de delito" y por ende sujeta a un enjuiciamiento penal en sus distintas etapas –investigación, acusación, juzgamiento y condena–,[204] conforme a la jurisprudencia del Tribunal, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda a otros órdenes distintos al penal, esto es, al civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.[205]

Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, *op. cit.*, párr. 146.

[195] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 29, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 117.

[196] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 29, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párr. 154.

[197] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 29.

[198] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 29, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 117.

[199] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24, y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, *op. cit.*, párr. 84.

[200] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24, y *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 176.

[201] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24, y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, *op. cit.*, párr. 84.

[202] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 5. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*.

[203] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 66.

[204] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 91.

[205] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de

Finalmente, es importante citar al juez García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, en el cual plantea la relación entre los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención. Así, el juez García Ramírez expone las situaciones que se podrían presentar en el análisis de un caso que compromete la garantía del juez competente, independiente e imparcial (artículo 8.1) y las correspondientes consecuencias jurídicas en cuanto a las garantías mínimas del debido proceso legal (artículo 8.2).

Si en un procedimiento se hubiesen observado formalmente todas las garantías judiciales mínimas señaladas en el artículo 8.2 de la Convención Americana, pero no la garantía del juez competente, independiente e imparcial prevista en el artículo 8.1, "no se entendería que hubo debido proceso ni se aceptaría que su culminación constituyese sentencia definitiva", ya que "todas las actuaciones fueron realizadas ante un órgano que no cumplía las condiciones del artículo 8.1", lo cual es un "defecto insubsanable". A modo de ejemplo se señala que, si se trató de un juez incompetente, parcial y dependiente, pero que hizo efectivas las garantías del artículo 8.2, "esta última situación no lo dota de la capacidad para resolver la controversia ni convalida la violación al artículo 8.1[ya que] 'el justiciable no fue oído por quien debió oírlo'". Es en este supuesto en el que la Corte, normalmente, no considera necesario analizar o declarar otras eventuales violaciones al artículo 8.2 ya que, conforme lo señala el juez García Ramírez, "[t]odos los actos se hallan tocados por el vicio en el origen del procedimiento". Además, "[e]n tales casos, la Corte ha dispuesto la invalidez del procedimiento y franqueado la puerta que conduce a un verdadero proceso".[206]

Y si, por el contrario, si en un procedimiento se satisface la garantía del juez competente, independiente e imparcial pero se vulnera alguna de las garantías mínimas del artículo 8.2 de la Convención, "sería admisible la reposición de actos o etapas del procedimiento, posiblemente ante la misma autoridad jurisdiccional que lo condujo, a condición de que la causa se tramite con apego a las garantías inicialmente desatendidas, en la medida en que esto sea jurídicamente necesario y posible". Así por ejemplo, si al incupado no se le brindó el tiempo y los medios para preparar su defensa, es posible que se reponga el procedimiento o una parte de éste para satisfacer dicho derecho. Ello es así porque "el justiciable fue oído por quien debió oírlo, pero no en la forma en que debió hacerlo".[207]

Dicho esto, a continuación presentamos la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a cada una de las garantías mínimas previstas en el artículo 8.2 de la Convención que, como ha quedado señalado, deben tener como presupuesto la garantía de un proceso seguido ante un juez competente, independiente e imparcial en los términos del artículo 8.1 de la Convención.

1. Derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2)

La Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia "constituye un fundamento de las garantías judiciales",[208] "al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada",[209] de modo que, dicho principio, "es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa".[210]

En la medida que "la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal",[211] dicho principio establece que "el acusado no debe demostrar que no ha

1998. Serie C No. 37, párr. 149; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párrs. 69 a 71, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 157.

[206] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 7, 8 y 10. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*.

[207] *Ibid.*

[208] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 77, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 128.

[209] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 77, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párr. 183.

[210] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 128.

[211] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párr. 182, y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*,

cometido el delito que se le atribuye", ya que la carga de la prueba (*onus probandi*) recae en la parte acusadora.[212] Precisamente por ello, si contra una persona obra prueba incompleta o insuficiente de su responsabilidad penal, "no es procedente condenarla, sino absolverla",[213] en la medida que para una sentencia condenatoria debe existir prueba plena de dicha responsabilidad.[214] En consecuencia, el principio de presunción de inocencia "acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme".[215]

En relación con el deber de los jueces, y siguiendo el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Barberà, Messegué and Jabardo vs. Spain*, la Corte ha señalado que la presunción de inocencia "implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, […] y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado". En ese sentido, "[l]a presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que [sí lo] es".[216]

Asimismo, en la sentencia *Lori Berenson vs. Perú*, la Corte citó al Tribunal Europeo en el *Caso Allenet de Ribemont vs. France* para indicar que "[el derecho a la] presunción de inocencia puede ser violado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública", por lo que si bien "no [se] puede impedir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en proceso", sí se "requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela necesarias para que [el derecho a] la presunción de inocencia sea respetado". Así, tomando dicho referente, el Tribunal estableció que el artículo 8.2 de la Convención "exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquélla".[217]

Por otro lado, sin perjuicio de lo desarrollado en el capítulo sobre el "Derecho a la Libertad Personal",[218] es importante destacar en este apartado que del principio de presunción de inocencia, "deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia", pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.[219] En consecuencia, una prolongada detención preventiva equivaldría a anticipar la pena[220] y, por tanto, puede violar el principio de presunción de inocencia.[221]

2. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal (artículo 8.2.a)

Durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana, los representantes de los Estados debatieron sobre la remoción o el mantenimiento de la palabra "gratuitamente" en la formulación del artículo, basándose en la forma en que el derecho concernido estaba regulado en sus respectivas

op. cit., párr. 128.

[212] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 154, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 128.

[213] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.*, párr. 120, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.*, párr. 183.

[214] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.*, párr. 120, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 128.

[215] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 154, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 128.

[216] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párr. 184, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 128.

[217] Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, op. cit.*, párrs. 159 y 160.

[218] Sobre prisión preventiva y la presunción de inocencia, vease también el comentario al artículo 7 de Jesús María Casal el cual forma parte de esta obra.

[219] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 77, y *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 121.

[220] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 77, y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. op. cit.*, párr. 111.

[221] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 77 y 78.

legislaciones internas. No obstante, la propuesta de remoción fue rechazada y quedó aprobado el texto a partir de "una enmienda conjunta presentada por las delegaciones de El Salvador y Colombia" que responde a la versión actual del artículo.[222]

Sobre el contenido del derecho, el Tribunal ha afirmado que para que un proceso alcance sus objetivos, "debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia", atendiendo así al "principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación". De esta manera, frente a condiciones de desigualdad real entre las personas, los Estados están obligados "a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses".[223] De acuerdo con la Corte, "[s]i no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".[224]

Teniendo en cuenta tales criterios, el Tribunal ha analizado la situación de extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, muchas veces con un idioma que desconocen, y experimentando una condición de particular vulnerabilidad;[225] así como casos de personas pertenecientes a una comunidad campesina o pueblo indígena.[226] Tomando como referencia lo expuesto en un caso cuya víctima era miembro de un pueblo indígena, de acuerdo con la Corte, la obligación del Estado sobre este punto consiste en asegurar que las personas "puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales […], facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin".[227]

Asimismo, cabe destacar en este punto la jurisprudencia del Tribunal en el *Caso López Alvarez vs. Honduras*, aún cuando fue desarrollada en cuanto a la violación del derecho a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley. En dicho caso, el Director del Centro Penal de Tela en el que se encontraba interno el señor López Alvarez prohibió a la población garífuna de dicho centro hablar en su idioma materno. Ante este hecho probado, la Corte señaló que "[l]os Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos" y que, la lengua es "uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura".[228]

3. Derecho del inculpado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada (artículo 8.2.b)

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, para satisfacer el artículo 8.2.b convencional "el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos".[229] Esta información debe ser "expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos".[230] De acuerdo con la

[222] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), pp. 199-200. El proyecto contenía la frase en el sentido que el derecho se debía garantizar "para [la] mejor defensa" del inculpado, pero finalmente dicha expresión no se consideró necesaria.

[223] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 119, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 152.

[224] Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú, op. cit.*, párr. 203.

[225] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 152, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 165.

[226] Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú, op. cit.*, párr. 202.

[227] Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 100.

[228] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 171.

[229] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 187, y *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 28.

[230] *Ibid.*

Corte, "[l]a descripción material de la conducta imputada [debe] cont[ener] los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia".[231]

Adicionalmente, en la sentencia del *Caso Tibi vs. Ecuador*, la Corte se remitió a la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas relativa a la "Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14)", y estableció, *inter alia*, que las exigencias del derecho a ser informado "sin demora" de la acusación pueden satisfacerse "ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa".[232]

La notificación detallada de los hechos que se atribuyen al imputado debe ocurrir previamente al momento en que rinda su primera declaración[233] ante cualquier autoridad pública.[234] El contenido de dicha notificación "variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, […], cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos". En todo caso, "[a]ntes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen".[235] En consecuencia, el investigado, antes de declarar, deberá conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no tendrá que deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan y, por tanto, "su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen".[236] Sobre el particular, en la sentencia del *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte ha resaltado que, ya que "[l]a transición entre 'investigado' y 'acusado' –y en ocasiones incluso 'condenado'– puede producirse de un momento a otro", no se puede esperar a que la persona sea formalmente acusada o que se encuentre privada de la libertad, "para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa".[237]

No obstante lo expuesto, el Tribunal ha precisado que, en ciertos casos, "[e]s admisible que […] exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia", ya que "[a]siste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas". Sin embargo, el Tribunal ha recordado que "esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, *inter alia*, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan".[238]

Adicionalmente, con relación a este derecho, el Tribunal ha desarrollado el "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia", corolario indispensable del derecho de defensa y garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que implica que "la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación", es decir, que "debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia".[239] Al respecto, la Corte ha establecido que la calificación jurídica de los hechos que se le imputan a una persona "puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación".[240] En el

[231] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 67.
[232] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 186.
[233] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 187, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.,* párr. 225.
[234] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 187, y *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 30.
[235] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 31.
[236] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 47, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 122.
[237] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 46.
[238] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 45, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 253.
[239] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, op. cit.,* párrs. 67 y 68, y *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 47.
[240] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. op. cit.,* párrs. 67 y 68.

Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, la Corte observó que no sólo cambió la calificación jurídica del delito que se le imputó a la víctima en la acusación y el auto de apertura a juicio, de violación agravada a asesinato, sino que se modificó también la base fáctica del proceso, sin ofrecerle la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos hechos que se le atribuyeron, razón por la cual se declaró la violación al artículo 8.2.b) de la Convención y, en consecuencia, al representar un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, al artículo 8.2.c).[241] En el mismo sentido, de acuerdo con la Corte, el cambio en el objeto de una indagatoria puede transgredir el derecho de defensa de las personas en un proceso, si éstas no son informadas con anticipación sobre el nuevo asunto que motiva su concurrencia.[242]

4. Derecho del inculpado a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 8.2.c)

Como ha sido presentado, este derecho está íntimamente relacionado con lo desarrollado en el apartado anterior. En ese sentido, si a una persona no se le ofrece la oportunidad de conocer la acusación en su contra en el tiempo y la forma establecidos por la Convención y, por ello, se genera un obstáculo para la preparación de su defensa, se viola también el artículo 8.2.c.

Asimismo, este derecho comprende la obligación del Estado de permitir "el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra",[243] respetando el principio del contradictorio, "que garantiza la intervención del inculpado en el análisis de la prueba".[244] Así, la Corte ha establecido que "el acceso al expediente es requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna".[245]

En los casos en que el Estado pretenda limitar este derecho, el Tribunal ha establecido que se "debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención".[246]

Por otro lado, cabe destacar la conexidad de este artículo con los dos siguientes, relativos a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección o por uno proporcionado por el Estado. A partir de ello, es posible identificar jurisprudencia del Tribunal en la cual se declara la violación conjunta de dichos derechos debido a que, *inter alia*, la víctima no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público o que, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él;[247] el abogado defensor tuvo sólo un día para revisar todo un expediente[248] o su labor fue restringida; existieron escasas posibilidades de presentación de pruebas de descargo,[249] o se produjo el cambio de objeto del proceso en la etapa de la indagatoria, entre otros.[250] En todos esos casos, la Corte ha considerado que la imposibilidad o las limitaciones en el derecho a defenderse personalmente o a través de un defensor impiden que, en los hechos, el imputado cuente con los medios para preparar su defensa, en los términos del artículo 8.2.c.

[241] *Ibidem,* párr. 73.
[242] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 82.
[243] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.,* párr. 170, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 156.
[244] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 54.
[245] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.,* párr. 252, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 168.
[246] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 55.
[247] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 83.
[248] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 141, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 121.
[249] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 141.
[250] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas, *op. cit.,* párr. 82.

5. Derecho del inculpado a defenderse personalmente, ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (artículo 8.2.d)

El derecho reconocido en el artículo 8.2.d de la Convención se refiere a dos posibilidades de defensa del inculpado, esto es, la que puede ejercer él mismo y aquélla que supone la asistencia de un defensor de su elección.

Así, la Corte ha destacado que un inculpado puede defenderse personalmente, siempre que esto lo permita "la legislación interna".[251] Asimismo, de acuerdo con el Tribunal, el inculpado, a través de sus propios actos, entre ellos la declaración que rinda sobre los hechos que se le atribuyen, puede enfrentar y refutar la acusación en su contra.[252] Si el inculpado "no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección".[253]

La defensa técnica supone que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.[254] Si bien en el *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, la Corte Interamericana equiparó la defensa técnica a aquélla que es ejercida por un "profesional del [d]erecho",[255] de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que dicha defensa no necesariamente puede ser realizada por un abogado. En efecto, el proyecto de Convención Americana se refería al derecho de ser "defendido" por un "abogado", sin embargo, a iniciativa del delegado de Panamá, se propuso la palabra "defensor", la cual fue aprobada en la medida que comprendía tanto a un abogado como a quién no lo era y, no obstante, ejercía la defensa. A partir de ello, la palabra "defendido" pasó a reemplazarse por "asistido".[256]

Por otro lado, en la medida que el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona[257] o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos,[258] "el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración". Lo contrario "es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo".[259]

En cuanto a la posibilidad de que el inculpado cuente con el patrocinio letrado de un defensor de su elección, el Tribunal ha resaltado la importancia de la comunicación libre y privada entre ambos.[260] Este extremo del artículo fue debatido en el marco de los trabajos preparatorios de la Convención, ya que la delegación de Argentina planteó que la mayoría de las legislaciones penales de los países americanos regulaban la incomunicación decretada por el juez y, en ese sentido, propusieron agregar que dicha comunicación quedaba garantizada, "salvo en el caso de incomunicación decretada por el juez en el período respectivo del proceso". Sin embargo, la propuesta argentina fue rechazada en la votación y la redacción del artículo resultó en su formulación actual.[261]

---

[251] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 25.
[252] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 61.
[253] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 25.
[254] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 61, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 132.
[255] *Ibid.*
[256] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), pp. 200-201.
[257] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 62, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.*, párr. 155.
[258] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 132.
[259] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 62, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.*, párr. 155.
[260] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.*, párrs. 146 y 148, y *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 83.
[261] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), pp. 46, 200 y 201.

En relación con procedimientos que no se refieren a materia penal, la Corte ha señalado que "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso".[262]

Por otro lado, la Corte ha resaltado la importancia de la asistencia letrada en casos "en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad", considerando que, en dichos supuestos es necesario que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de dicha situación, para que la persona concernida goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.[263] Sobre el particular, corresponde presentar los estándares desarrollados por la Corte Interamericana sobre el derecho a la asistencia consular en casos relativos a personas privadas de su libertad que no son nacionales del país que las detiene.

- **Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular en casos relativos a personas privadas de su libertad que no son nacionales del país que las detiene**

Al respecto, la Corte ha establecido que el derecho a la información sobre la asistencia consular, reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares busca remediar la situación en la que se encuentran los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, "de modo tal que puedan disfrutar de un verdadero acceso a la justicia, se beneficien de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y gocen de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas".[264] En consecuencia, desde la óptica de los derechos de la persona detenida extranjera, tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte:[265] 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma:[266]

La *notificación* debe ser hecha antes que el detenido rinda su primera declaración,[267] y supone que se le informe sobre su derecho a que el Estado receptor comunique a la oficina consular competente de su situación, y a que el Estado receptor transmita sin demora "cualquier comunicación dirigida a la oficina consular" por el detenido. La notificación se erige así "en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad",[268] La Corte ha considerado que la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues coloca al detenido en estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir el fallo sancionatorio, regulado en el artículo 8.2.h de la Convención.[269] Cabe destacar que la

[262] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 28, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 145.

[263] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 132, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 164.

[264] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 152, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 165.

[265] De acuerdo con la Corte, dichos estándares "no se aplican a las personas detenidas o retenidas que hayan solicitado una medida de protección internacional […]. Si son detenidas, tales personas gozan de los derechos bajo la Convención de Viena, no obstante, hay otras consideraciones para proteger sus intereses". Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. nota al pie 156.

[266] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 153, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 166.

[267] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 106, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, nota al pie 157.

[268] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 86 y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 154.

[269] Corte IDH. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 180.

Corte ha resaltado que "la Convención de Viena pone la decisión de ser o no visitado por el funcionario consular en manos del detenido".[270]

En cuanto al *acceso efectivo a la comunicación consular*, los artículos 36.1.a) y 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares disponen que al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares, y 2) recibir visitas de ellos. Según el artículo 36.1.c) del mismo instrumento, "los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado [y] a organizar su defensa ante los tribunales". Así, "el Estado receptor no debe obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales al detenido".[271]

El *derecho a la asistencia misma*, se impone al Estado del cual el detenido es nacional, en el sentido que tiene "el deber de proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero brindando protección consular. Las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la 'protección de los intereses' del detenido nacional, particularmente los asociados con 'su defensa ante los tribunales'.[272] De esta manera, el derecho a la visita consular presenta un potencial para garantizar y dar efectividad a los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa".[273]

Por tanto, *el derecho de un detenido extranjero a solicitar la ayuda del consulado de su país ha sido considerado por la Corte como un componente de las "garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa"*. Es en ese sentido que la Corte ha destacado los actos relacionados con la defensa en los que el cónsul puede asistir al detenido y, en consecuencia, su importancia para garantizar el cumplimiento del derecho a "ser asistido por un defensor", bajo el artículo 8.2.d) de la Convención. De modo tal que "[l]a inobservancia u obstrucción de[l] derecho [del detenido extranjero] a la información afecta las garantías judiciales", y resulta en una violación de las mismas.[274]

6. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (artículo 8.2.e)

Conforme ha sido señalado, la defensa técnica supone que un defensor asista al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, *inter alia,* un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.[275] De esta manera, "la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales".[276]

Este derecho se caracteriza por ser irrenunciable cuando el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley –supuestos regulados en el artículo 8.2.d precedente–, en cuyo caso "tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno".[277] Sobre el particular, los trabajos preparatorios de la Convención evidencian que el texto del artículo buscaba recoger la tendencia en la legislación de los países latinoamericanos según la cual, aún si el inculpado no quiere defenderse el Estado debe poner a su servicio un abogado para que aquél siempre esté asistido.[278]

[270] *Ibidem,* párr. 155.
[271] *Ibidem,* párr. 158.
[272] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.,* párr. 87, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 158.
[273] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 158.
[274] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.,* párrs. 122 y 129, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 157.
[275] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 61, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 132.
[276] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.,* párr. 25.
[277] *Ibid.*
[278] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), p. 201.

Asimismo, ya que el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona[279] o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos[280], "el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración". Lo contrario "es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo".[281] Sin embargo, el Tribunal ha enfatizado que "el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados".[282]

Además, el artículo 8.2.e de la Convención reconoce el derecho específico de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. El proyecto de Convención Americana se refería únicamente a la "intervención obligatoria de un abogado remunerado por el Estado", sin embargo, dicha redacción fue matizada tomando en consideración que en algunos Estados podía no existir la remuneración para el abogado en tales casos.[283] Al respecto, en su *Opinión Consultiva OC-11/90 sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, la Corte ha señalado que si el Estado concernido no provee a un indigente un defensor gratuitamente, y aquél se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, "podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso" a que tiene derecho dicha persona. Consecuentemente, como la Convención Americana no ordena que la asistencia legal sea gratuita, "un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee"[284] sin costo alguno.

En el mismo sentido, en la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", la Corte ha considerado que, "en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.[285] Así, en la línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo en el *Caso Benham vs. United Kingdom*, la Corte ha señalado que, en los casos en que la consecuencia de un procedimiento migratorio pueda ser una privación de la libertad de carácter punitivo, "la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia".[286]

Finalmente, cabe destacar que el Tribunal ha establecido que ni el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, ni las organizaciones no gubernamentales responden a las exigencias de una defensa técnica proporcionada por el Estado:

El *Ministerio Público*, debido a que "[e]l derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación". El Ministerio Público acusa, afirmando la pretensión penal, mientras que la defensa responde y rechaza la acusación concernida. De esta manera, para la Corte, "[n]o es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona".[287]

---

[279] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párrs. 62, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 155.

[280] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 132.

[281] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 62, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 155.

[282] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 155.

[283] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), pp. 17, 201 y 202.

[284] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.,* párrs. 25 a 27.

[285] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 146.

[286] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 146, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 164.

[287] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 63.

La *Defensoría del Pueblo* actúa y realiza funciones en virtud de una queja o denuncia que se realice en contra de una autoridad encargada de la administración pública, lo cual “es claramente distint[o de] la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo o nombrar defensor particular”. Por tanto, para el Tribunal, el ámbito o espectro de actuación de una Defensoría del Pueblo “no satisface la garantía de un defensor proporcionado por el Estado que, en principio y para efectos convencionales, debe ejercer asistencia y representación legal amplia, desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad”. En ese sentido, la Corte ha resaltado “que la asistencia letrada suministrada por el Estado no puede ser confundida con la actividad que en el marco de sus funciones realiza la Defensoría del Pueblo”, ya que si bien “ambas pueden complementarse, […] para efectos convencionales están claramente diferenciadas”.[288]

Las *organizaciones no gubernamentales*, en la medida que “la asistencia que puedan prestar […] no sustituye la obligación del Estado de brindar asistencia legal”.[289]

7. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (artículo 8.2.f)

La Corte Interamericana ha establecido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos”.[290]

En ese sentido, y tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Barberà, Messegué y Jabardo vs. Spain y Bönisch vs. Austria*, la Corte ha indicado que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones que el Estado, con el objeto de ejercer su defensa”[291] “y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.[292]

Sobre el particular, la Corte ha entendido que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas en el proceso.[293]

8. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (artículo 8.2.g)

El Tribunal ha señalado que el “desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales”, tales como el derecho a no autoincriminarse, que hoy día figura en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.[294]

La confesión ha sido entendida por la Corte como “el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos”. De acuerdo con el Tribunal, también “pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que

[288] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, 133 y 135.
[289] *Ibidem*, párrs. 137 y 146.
[290] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 132, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 178.
[291] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 153-154, y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, *op. cit.*, párr. 84.
[292] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 155.
[293] *Ibid*.
[294] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 117.

existe contienda". En ese sentido, la confesión ha sido considerada por la Corte como un acto dentro del proceso que posee especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable.[295]

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este derecho "también se tien[e] que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata".[296]

El Tribunal ha analizado este derecho de manera conjunta con aquél contemplado en el artículo 8.3 de la Convención, según el cual la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

9. Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h)

La Corte ha señalado que el derecho a recurrir el fallo es "una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica", que "procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho".[297] En ese sentido, "debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada",[298] esto es, antes de que sea obligatoria y "t[enga] que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto".[299] Si bien la Convención Americana no prevé excepciones al derecho a recurrir del fallo como lo hace expresamente el Sistema Europeo,[300] el Tribunal ha considerado que "no es *per se* contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación".[301]

Dicho esto, y ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir del fallo es un derecho que asiste al condenado, esto es, que "no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado".[302] Así, el artículo 8.2.h de la Convención es muy similar al artículo 14.5 del PIDCP, según el cual el derecho a recurrir del fallo es una garantía que tiene "[t]oda persona declarada culpable de un delito".[303]

En ese sentido, el derecho a impugnar el fallo "busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses

[295] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 128.

[296] Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 120 y 121.

[297] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit.,* párrs. 158 y 161, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 97.

[298] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit.,* párr. 158, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 99.

[299] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párrs. 167 y 220, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 263.

[300] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 94. De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales el derecho a recurrir del fallo "podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución".

[301] Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 120.

[302] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas, *op. cit.,* párr. 107, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párrs. 92 y 93.

[303] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 84, y *Caso Mohamed vs. Argentina. op. cit.,* párr. 93.

de una persona".[304] "La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado".[305] Por tanto, la Corte ha considerado que se genera una situación de impedimento fáctico para asegurar un acceso real al derecho a recurrir, cuando la sentencia a impugnar no es notificada al inculpado, de modo que, además de colocarlo "en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica", torna "impracticable" el ejercicio del referido derecho.[306]

De acuerdo con el Tribunal, el recurso que contempla el artículo 8.2.h. debe ser uno "ordinario eficaz"[307], independientemente de la denominación que se le dé. En esa misma línea, los Estados "no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo", ya que dicha posibilidad "debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho".[308] Por ello, la Corte ha estimado que "las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente".[309]

Respecto al alcance de la revisión, la Corte ha enfatizado que debe tratrarse de un "examen integral"[310] o "íntegro"[311] de la decisión recurrida. Al respecto, el Tribunal ha establecido que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe entenderse que "para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria".[312]

En cuanto al juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso la Corte ha subrayado su jurisprudencia en el sentido que "el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas –tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores–, de manera que "el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales".[313] Por ello, es preciso que el juez que resuelve el recurso "reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto", pues "[s]i el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él".[314] De esta manera, queda en evidencia que este derecho "no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso".[315] Así, "una verdadera garantía de reconsideración del caso será aquella que se configura ante un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia,

[304] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 158, y *Caso Mohamed vs. Argentina*. *op. cit.*, párr. 97.
[305] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 89, y *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 97.
[306] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 180.
[307] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 161, y *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 99.
[308] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párrs. 161 y 164; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 90, y *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 99.
[309] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 99.
[310] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 165, y *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 97.
[311] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 89, y *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 97.
[312] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 100.
[313] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 161.
[314] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 161, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 179.
[315] *Ibid.*

imparcialidad e independencia que la Convención establece".[316] Además, dicho juez o tribunal debe cumplir con "el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen".[317]

Por tanto, en la regulación de los respectivos regímenes recursivos, los Estados "deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral".[318] En todo caso, "la inexistencia de un recurso judicial que garantice la revisión de la sentencia de condena o la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implican un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención".[319]

En este punto, cabe destacar que en el *Caso Mohamed vs. Argentina*, la Corte se pronunció ante el caso de un inculpado al que le fue impuesta por primera vez una sentencia condenatoria en segunda instancia, esto es, que fue condenado mediante el fallo que revocaba una decisión absolutoria. En dicha oportunidad, teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte consideró que resultaba contrario al propósito del artículo 8.2.h no garantizarlo en la situación descrita. Así, retomando la jurisprudencia según la cual el derecho a recurrir el fallo se debe garantizar a todo condenado, el Tribunal concluyó que interpretar algo distinto, "implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena". Por ello, destacó que se trata de "una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Part[e] de la Convención".[320]

Finalmente, la Corte ha establecido que "sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios,[321] la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciase sobre los agravios sustentados".[322]

10. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (artículo 8.3)

Conforme ha quedado señalado, la confesión ha sido entendida por la Corte como "el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos".[323] De acuerdo con el Tribunal, las garantías del artículos 8.3 están previstas para el inculpado en el marco de un proceso judicial, debiéndose respetar incluso en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a dicho proceso para evitar cualquier impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trate.[324] La regla de que dicha confesión sólo es válida si es hecha sin coacción, "ostenta un carácter absoluto e inderogable", reconocido por diversos tratados y

[316] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 161.
[317] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 163.
[318] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 100.
[319] *Ibidem*, párr. 116.
[320] *Ibidem*, párr. 92.
[321] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 171, y *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 119.
[322] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 119.
[323] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 128.
[324] Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 120.

órganos internacionales de protección de derechos humanos "que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos".[325]

En ese sentido, "al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial", ya que dicha anulación "es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción".[326] Así, la Corte ha sostenido que "la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales".[327]

De acuerdo con el Tribunal, dicha regla se sustenta en el hecho de que "las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen", al ser doblegada su resistencia psíquica.[328] Por ello, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos John Murray vs. United Kingdom*; *Jalloh vs. Germany*; *Gafgen vs. Germany*, y *Harutyunyan vs. Armenia*, la Corte ha establecido que "aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo".[329]

Conforme a la Corte Interamericana, el carácter absoluto de la regla de exclusión prohíbe otorgarle valor probatorio "no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción". De esta manera, se garantiza el cumplimiento de dicha regla cuando se excluye la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción.[330]

En el mismo sentido, la Corte ha señalado, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Harutyunyan vs. Armenia*, que "en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción [de coacción], no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida", ya que dicha declaración posterior "puede ser la consecuencia del maltrato que padeció la persona y[,] específicamente, del miedo que subsiste después de este tipo de hechos".[331] Ello es así porque "la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse[332], pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral".[333]

Al igual que en el caso del artículo 8.2.g de la Convención, el Tribunal ha precisado que este derecho "también se tien[e] que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata".[334]

---

[325] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 165.
[326] *Ibidem,* párr. 166.
[327] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina, op. cit,* párr. 108, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 166.
[328] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 198, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 167.
[329] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 167.
[330] *Ibid.*
[331] *Ibidem,* párr. 173.
[332] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.,* párr. 104, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 174.
[333] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit.,* párr. 174.
[334] Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. op. cit.,* párrs. 120 y 121.

11. Derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos: principio de ne bis in idem (artículo 8.4)

El artículo 8.4 de la Convención "busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por [esos] mismos hechos".[335] Específicamente, la situación regulada supone dos momentos:

i) la realización de un primer juicio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, y

ii) la culminación del mismo en una sentencia firme de carácter absolutorio,[336] es decir, con una decisión adoptada de forma definitiva y obligatoria[337] que absuelve al inculpado.

Al respecto, el Tribunal ha destacado la diferencia con la redacción utilizada por el PIDCP, cuyo artículo 14.7 dispone que "[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país", refiriéndose al "mismo delito" y no a los "mismos hechos", en los términos de la Convención Americana. De esta manera, la propia Corte ha resaltado que la Convención "utiliza […] un término más amplio en beneficio de la víctima".[338]

Así, el artículo 8.4 se refiere al denominado principio del *ne bis in idem*, sustentado en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada,[339] sobre la base de al menos dos justificaciones. En primer lugar, desde una perspectiva de derechos humanos, "para proteger a las personas frente al uso indiscriminado del poder punitivo del Estado". En segundo lugar, desde una posición más pragmática, "para evitar dobles procesamientos que lleven al uso inefectivo de los recursos de administración de justicia, e incluso a sentencias contradictorias".[340]

No obstante lo expuesto, el Tribunal ha resaltado en su jurisprudencia que este derecho no es absoluto y que, en consecuencia, no resulta aplicable cuando: "i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales,[341] o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia".[342] De esta manera, "[u]na sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'", es decir, que resulta "de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o [en el que] los jueces no obraron con independencia e imparcialidad".[343]

Sobre el particular, el Tribunal ha señalado que, ante su jurisdicción, "eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal [para su] cuestionamiento"[344] como las citadas. Así

---

[335] Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, op. cit.,* párr. 208, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 121.

[336] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.,* párr. 137, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 121.

[337] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 167.

[338] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, op. cit.,* párr. 66, y *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 121.

[339] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit.,* párr. 125.

[340] Fundación para el Debido Proceso Legal, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington DC, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, p. 319.

[341] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.,* párrs. 137-139, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 195.

[342] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 154*, y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 195.

[343] Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 131, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 195.

[344] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45, párrs. 10 al 12, y *Caso Almonacid Arellano y otros*

por ejemplo, la Corte ha declarado que "[s]i los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá".[345]

Asimismo, la Corte ha establecido que "si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza[n] la protección del *ne bis in idem*".[346] Por tanto, "el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de[l] Tribunal en la materia".[347]

12. Derecho a un proceso penal público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia (artículo 8.5)

En el marco de los trabajos preparatorios de la Convención, el debate sobre la publicidad del proceso se inició en el momento de la aprobación del primer párrafo del hoy artículo 8 cuando, a propuesta del delegado de Venezuela, se planteó formular el derecho de toda persona a ser oída "públicamente". Los delegados de los Estados debatieron acerca de la pertinencia de mantener o no la palabra. Quienes apoyaban su supresión señalaron que resultaba innecesaria en la medida que ya el último inciso del artículo se refería a ese aspecto. Por su parte, quienes estuvieron en contra de la supresión, no dejaron de expresar su preocupación ya que, en algunos casos, "es dudoso que pueda ofrecerse protección adecuada a la persona cuando su caso se trata públicamente, ta[l] como en el campo de la delincuencia juvenil". Asimismo, se indicó que "la palabra 'públicamente' no es por sí sola una garantía, ya que se necesitan pautas que regimenten esa publicidad". Sin embargo, al momento de aprobar el inciso 7.4, actual 8.5, no se desarrolló mayor debate y el texto del proyecto de la Comisión se mantuvo en los términos en que consta ahora.[348]

La Corte ha señalado que el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención "es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público".[349] Así, el Tribunal ha resaltado que se trata de un derecho "protegido por diversos instrumentos internacionales como elemento esencial de las garantías judiciales".[350]

Tal publicidad del proceso tiene la función de "proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia". Por ello, de acuerdo con la Corte Interamericana, la publicidad "hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros".[351]

La jurisprudencia del Tribunal sobre la materia permite concluir que dicho derecho exige que los procesos se desarrollen en recintos a los que tenga acceso el público, prohibiendo circunstancias de

vs. Chile, op. cit., párr. 154.

[345] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 219.

[346] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 154.

[347] Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 197, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 195.

[348] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), pp. 195, 196 y 205.

[349] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit.,* párrs. 166 y 167.

[350] *Ibidem*, párr. 166.

[351] *Ibidem*, párr. 168.

secreto y aislamiento para el desahogo de las diligencias procesales, sobre todo, para el caso de las audiencias.[352] Asimismo, el Tribunal ha valorado positivamente la transmisión a través de los medios de comunicación de audiencias del juicio oral.[353]

Por otro lado, conforme lo establece la propia Convención, el Estado está obligado a presentar informaciones y argumentos para demostrar que, en un determinado caso, se deben restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser "necesario para preservar los intereses de la justicia".[354] En el caso específico de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, el Tribunal ha sido enfático al señalar que "procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura".[355]

VI. Consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH

Sin perjuicio del desarrollo detallado del contenido, exigencias y alcances de los correspondientes derechos en el presente Comentario a la Convención, a continuación se presentan los estándares establecidos por la Corte sobre las consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales cuando se trate de casos que involucran la alegada violación del derecho a la vida, los derechos del niño y el derecho de circulación y de residencia.

1. Con relación al derecho a la vida: pena de muerte (artículo 4)

De acuerdo a lo señalado en el capítulo correspondiente,[356] "[e]l objeto del artículo 4 de la Convención es la protección al derecho a la vida" y, sin embargo, "dicho artículo, después de definir de modo general ese propósito en su primer párrafo, dedica los cinco siguientes al tratamiento de la aplicabilidad de la pena de muerte". A pesar de ello, el texto revela una inequívoca tendencia limitativa o sesgo abolicionista del ámbito de dicha pena, sea en su imposición, sea en su aplicación.[357] "De ahí que, en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta no pueda imponerse sino en cumplimiento de sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito". Esto indica el claro propósito de la Convención de "extremar las condiciones en que sería compatible con ella la imposición de la pena de muerte en los países que no la han abolido".[358]

A partir de su Opinión Consultiva OC-3/83 sobre *"Restricciones a la Pena de Muerte"*, la Corte ha señalado que, "debido a la naturaleza excepcionalmente seria e irreversible de la pena de muerte, su imposición o aplicación está sujeta a ciertos requisitos procesales, que limitan el poder punitivo del Estado y cuyo cumplimiento debe ser estrictamente observado y revisado". Así, basándose en las *"Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte"* de las Naciones Unidas, el Tribunal ha establecido que la obligación de respetar y garantizar

---

[352] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.*, párr. 172; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.*, párrs. 146 y 147, y *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, op. cit.*, párrs. 198 y 200.

[353] Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, op. cit.*, párr. 200.

[354] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.*, párr. 148.

[355] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 134. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

[356] Ver el comentario al artículo 4 de Carlos Ayala Corao y María Daniela Rivero, en esta obra.

[357] Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 52.

[358] *Ibidem*, párr. 53.

las garantías judiciales es más exigente y amplia, especialmente infranqueable y rigurosa, en aquellos procesos que puedan culminar en la pena de muerte”[359], pues “dicha pena conlleva una privación del más fundamental de los derechos, el derecho a la vida, con la consecuente imposibilidad de revertir la pena una vez que ésta se ha llevado a cabo”.[360]

De esta manera, la Corte ha afirmado que “la omisión del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar un debido proceso en un caso de pena de muerte, indudablemente podría resultar en una injusticia grave e irreversible, con el posible resultado de la ejecución de una persona, a la que no se le brindaron sus garantías judiciales”.[361]

Por otro lado, en cuanto a las peticiones individuales de clemencia que pueden promover los condenados a pena de muerte, el Tribunal ha dispuesto que “deben ejercerse mediante procedimientos imparciales y adecuados, de conformidad con el artículo 4.6 de la Convención [sobre el derecho de los condenados a muerte a solicitar amnistía, indulto o la conmutación de la pena], en combinación con las disposiciones relevantes de ésta acerca de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8”.[362]

Consecuentemente, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento “que se caracterice por ser imparcial[, público] y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda [participar] hac[iendo] valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia”.[363]

2. Con relación a los derechos del niño (artículo 19)

En su Opinión Consultiva OC-17/02, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte ha señalado que, en lo que corresponde a las garantías judiciales en procesos que involucran a niños y niñas, las reglas se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, “que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia”.[364] Dicho *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas “debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas”.[365, 366]

Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.[367] De acuerdo con la Corte, “[e]l tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”.[368] Así, la Corte ha señalado que “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés

[359] Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 78, y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbado*s, *op. cit.*, párr. 85.
[360] Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, *op. cit.*, párr. 85.
[361] *Ibid.*
[362] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, *op. cit.*, párr. 186.
[363] *Ibidem*, 188 y 189.
[364] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 116.
[365] Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 194, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. *Op. cit.*, párr. 44.
[366] Sobre las garantías judiciales y medidas de protección que resultan aplicables a las personas menores de edad, véase también el comentario al artículo 19, de Mary Beloff, el cual forma parte de esta obra.
[367] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 95 y 98; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paragua*y, *op. cit.*, párr. 209, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 242.
[368] Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 230.

superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos", procurando "el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso".[369] Consecuentemente, el juez está obligado a "proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran menores de edad", entre otros, observando los respectivos requisitos legales, promoviendo el acervo probatorio necesario, omitiendo la utilización de estereotipos.[370]

En efecto, la Corte Interamericana ha considerado que "la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño" y que, por tanto, "no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales".[371]

En lo que concierne al derecho a ser oído, el Tribunal ha considerado que éste "debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño",[372] el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados, con el objeto de que su intervención "se ajuste a [sus] condiciones […] y no redunde en perjuicio de su interés genuino".[373] Al respecto, el Tribunal ha citado las especificaciones hechas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General No. 12 en cuanto a los alcances del citado artículo 12, a saber: i) "no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones"; ii) "el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto"; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) "la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias"; v) "la capacidad del niño […] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso", y vi) "los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica", por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de "la capacidad […] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente".[374] En lo que corresponde a procesos propiamente penales, para el Tribunal, "hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos", por lo que "no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión".[375]

Asimismo, la Corte ha considerado que "las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que

---

[369] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 102, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párr. 230.

[370] Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.,* párr. 78.

[371] *Ibidem,* párr. 105.

[372] El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, *en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (añadido fuera del texto).

[373] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 196, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párr. 228.

[374] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 198. Cabe destacar que en la OC-17/02, en cuanto a las declaraciones que el menor esté llamado a emitir en los procedimientos en los que participe, la Corte señaló que "debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración", de manera que ésta puede y debe ser valorada por el juzgador con especial cautela. Por ello, de acuerdo con el Tribunal, no se puede asignar a dicha declaración eficacia dispositiva, "cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos". Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.,* párr. 130.

[375] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.,* párr. 131.

se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto”.[376]

Como correlato, el Tribunal ha resaltado que “el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino […] también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño”. Por ello, de acuerdo con la Corte, no basta con escuchar al niño, ya que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso”.[377] Así, “[s]i el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión”. Por todo ello, “en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones”.[378]

Además, la Corte, citando al Comité de los Derechos del Niño, ha advertido que “un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, dado que el proceso de ‘escuchar’ a un niño o niña puede resultar difícil y puede causar efectos traumáticos”.[379] Sin embargo, conforme al Tribunal, “el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no l[o] libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño”. En caso contrario, “la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opinión del niño o la niña”.[380]

Por otro lado, en cuanto al plazo de los procesos judiciales, la Corte ha señalado que aquellos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”.[381] Adicionalmente, la Corte ha establecido que “el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, p[uede] determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”.[382]

En lo que concierne a la situación específica de los niños y niñas en conflicto con la ley, la Corte ha señalado que “una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal”,[383] esto es, la creación de medios alternativos de solución de las

[376] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 199.

[377] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 200, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 230.

[378] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 200.

[379] *Ibidem*, párr. 205.

[380] *Ibidem*, párr. 206.

[381] Corte IDH. Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16*; Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 51, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 127.

[382] Corte IDH. Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay, *op. cit.*, Considerando 18, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 52.

[383] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 109, y *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*,

controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas".[384] En ese sentido, y a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos:

> 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a [l]os niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, e[l t]ribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.[385]

Finalmente, respecto a los niños con discapacidad y tomando como referente el artículo 7 de la CDPD, la Corte ha resaltado que "los niños y las niñas con discapacidad t[ienen] derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo encuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho". De manera que "es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución".

Adicionalmente, el Tribunal ha considerado que: "en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de [sus] derechos". En este sentido, el artículo 13 de la CDPD se refiere a los alcances del derecho al acceso a la justicia indicando que los Estados Parte "asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos.[386] Asimismo, la Corte ha establecido que habrán casos, dependiendo del tipo de deficiencia de la persona, en que sea conveniente
que la persona con discapacidad cuente con la asesoría o intervención de un funcionario público, que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos.[387]

3. Con relación al derecho de circulación y de residencia (artículo 22)

La Corte ha señalado que "los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad,[388] pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos".[389] Sin embargo, dicha situación "no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio

op. cit., párr. 210.

384 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 135, y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 210.

385 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 211.

386 Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 229 y 241.

387 *Ibidem*, párrs. 242 a 243.

388 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 114, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. párr. 152.

389 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 98, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 152.

y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia".[390]

A partir de ello, y remitiéndose a diferentes órganos internacionales de protección de los derechos humanos, el Tribunal ha destacado las características que debe reunir el proceso llevado a cabo por los Estados para la expulsión o deportación a extranjeros de su territorio:[391]

Debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 22.9 de la Convención Americana.
No debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus
Debe observar garantías mínimas en relación con el extranjero, esto es: i) que sea informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra; la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.[392]

Por tanto, en materia migratoria y en atención a la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, "el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio,[392] ya que "[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna".[393]

VII. La obligación de investigar las violaciones de derechos humanos como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial

La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención,[393] de conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Dicha investigación de los hechos, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables debe ser llevada a cabo por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8[394] y las exigencias del derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana.

Ya que el deber de investigar comprende las exigencias de ambos derechos, y para una mejor comprensión de los alcances del mismo, incluiremos su desarrollo en el capítulo correspondiente a los comentarios del artículo 25 de la Convención.

[390] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 100, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 154.
[391] Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párrs. 160-163.
[392] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 121, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 159.
[393] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párrs. 166 y 176, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 130.
[394] Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 106, y *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *op. cit.*, párr. 178.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6

Corte IDH. *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72

Corte IDH. *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69

Corte IDH. *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52

Corte IDH. *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126

Corte IDH. *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137

Corte IDH. *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153

Corte IDH. *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219

Corte IDH. *Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177

Corte IDH. *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

Corte IDH. *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

Corte IDH. *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111

Corte IDH. *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207

Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. *Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH.Kokkinakis vs. Greece (1993), entre otros.

Otras Autoridades

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales*, Resolución 1/03 (2003)

Permanent Court of International Justice, *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, Advisory Opinion of 4 December 1935

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Articulo 14: El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 (2007)

Artículos y publicaciones académicos

ANTKOWIAK, Thomas y GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles* (por publicarse, 2014).

GALLANT, Kenneth, The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law, 2008.

GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional: Especial consideración al delito de genocidio*, 1999.

HARRIS, O'BOYLE Y WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª. ed. 2009.

KRESS, Claus, *Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Lege,* en MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2010).

NOWAK, Manfred, *Comentario sobre el PIDCP*, 2da ed. 2005.

Índice

I. Introducción y antecedentes

El artículo 9 de la Convención Americana se refiere el principio de legalidad penal o *nullum crimen, nullum poena sine lege*. En su sentido más inclusivo, el principio incorpora: 1) el concepto de la irretroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)*; 2) la prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 3) el principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); y 4) el principio de reserva de ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).[1] En conjunto, estos conceptos imponen límites al *ius puniendi* de los Estados y requieren que "un acto pueda castigarse únicamente si, al momento de cometerse, fuera objeto de una ley penal en vigor, suficientemente precisa y escrita, unida a una sanción suficientemente cierta".[2]

En definitiva, pese al corto alcance del título en inglés, el artículo 9 abarca más que "*freedom from ex post facto* laws". El título en español "principio de legalidad y de retroactividad" representa en forma más precisa su contenido. De hecho, el artículo 9 también va más allá del rango usual de estos conceptos a través de la adición de una cláusula que establece: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", consagrando expresamente el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Durante la Conferencia de San José, el delegado ecuatoriano propuso exitosamente la inclusión de este elemento, el cual no se encuentra enel CEDH, sino que deriva del artículo 15.1 del PIDCP.[3]

Por lo demás, el proyecto preliminar del artículo 9 de la Comisión Interamericana era análogo a los textos del CEDH y el PIDCP. La divergencia más significativa del artículo 9, tal como fue aprobado, consiste en que no dispone expresamente la inclusión de los delitos "bajo el derecho nacional o internacional". Este aspecto, que sí está contemplado explícitamente en los otros dos instrumentos, permitió una reinterpretación del concepto de legalidad penal en el ámbito internacional para lograr la persecución y sanción de crímenes internacionales cometidos durante la II Guerra Mundial, aún cuando no estuvieran establecidos en una ley formal.[4] No obstante, el artículo 9 utiliza la frase "según el derecho aplicable", la cual, durante la negociación de la Convención Americana, fue interpretada por el Presidente del Comité I en el sentido de incluir tanto al derecho nacional como al internacional.[5] Esta cuestión es abordada más adelante en la sección de crímenes internacionales.

---

1 Kreß, Claus, *Nulla Poena*, "Nullum Crimen Sine Lege", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, párr. 1.

2 *Ibid.*

3 Página 206, Minutas de la 8a. Sesión del Comité I, Doc. 48, Noviembre 15, 1969.

4 PIDCP, Artículo 15(1); Convenio Europeo, Artículo 7(1). Para ver críticas y análisis sobre el principio de legalidad en el ámbito internacional, ver Gil Gil, Alicia, *Derecho Penal Internacional: Especial consideración al delito de genocidio*, 1999; Gallant, Kenneth, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* 2008.

5 Página 206, Minutas de la 8a. Sesión del Comité I, Doc. 48, Noviembre 15, 1969.

La Convención Americana, al igual que el CEDH y el PIDCP, enfatizó la importancia del principio *nullum crimen et nulla poena sine lege*, al separarlo de las garantías procesales en juicios penales.[6] Estos tres tratados refuerzan el principio aún más al designarlo no-derogable.[7] Aparte de estos tres convenios, algunos conceptos del principio de legalidad se encuentran en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otros, la DUDH,[8] la CADHyP,[9] y la Carta Árabe sobre Derechos Humanos.[10] El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece una versión amplia de estos principios. Debido a la aceptación generalizada en el derecho y la práctica, tanto nacional como internacional, el concepto de legalidad es un principio general de derecho y forma parte del derecho internacional consuetudinario.[11]

Del mismo modo, el sistema interamericano otorga gran importancia al *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La Corte Interamericana ha sostenido que "en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo".[12] El principio de legalidad, "que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, […] es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático".[13] De esta manera, la Corte se refiere a la doctrina del contrato social: los derechos solamente pueden ser legítimamente limitados a través de leyes que expresan la voluntad de la nación.[14]

II. Ámbito de protección del artículo 9

El artículo 9 tiene el objetivo de proteger al individuo frente al poder punitivo del Estado, otorgando diversas garantías.

1. El principio de máxima taxatividad legal

Según la Corte Interamericana el principio de legalidad, y más específicamente, el principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) exige que las "acciones y omisiones" criminales sean definidas "con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles".[15] La tipificación de un delito "debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa", debido a que "el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano".[16] En varias ocasiones el Tribunal ha señalado:

6 Nowak, Manfred, Comentario Sobre El PIDCP 275 (2005). En la Convención Americana, tales garantías procesales se ubican en el Artículo 8.

7 Artículo 27(2) de la Convención Interamericana; Artículo 4(2) del PIDCP; Artículo 15(2) del Convenio Europeo.

8 Artículo 11(2).

9 Artículo 7(2).

10 Artículo 15.

11 Véase Kreß, *op. cit*, párr. 19; Gallant, *op. cit*, páginas 411 a 424.

12 Por ejemplo, Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 183; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107.

13 La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre DerechosHumanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo 1986, Corte IDH. (Ser. A) No. 6 (1982), párr. 23.

14 Por ejemplo, véase también Permanent Court of International Justice, Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion of 4 December 1935, párr. 50-52.

15 Por ejemplo, Corte IDH. *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55; Corte IDH. *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

16 Usón Ramírez vs. Venezuela, *op. cit*, para. 55. Eso incluye crímenes dentro de la jurisdicción militar: las normas penales militares "deben establecer claramente y sin ambigüedad, inter alia, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar y deben determinar la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, así como especificar la correspondiente sanción". *Ibid.*

> La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.[17]

Aunque el principio de máxima taxatividad legal no está expresamente establecido por el artículo 9, la Corte ha declarado violaciones a sus disposiciones cuando los códigos penales no contienen definiciones claras y precisas. De acuerdo con la Corte, por ejemplo, las leyes penales demasiado generales sobre delitos contra el honor, tales como difamación y calumnias, entran en conflicto con el artículo 9.[18] La Corte ha destacado que tales normas "deberán ser analizadas con especial cautela" y utilizadas "en forma verdaderamente excepcional", debido a su repercusión en el derecho a la libertad de expresión.[19]

De igual forma, la Corte declaró contraria a la Convención una ley que castigaba actos "contrarios a la democracia y el orden constitucional", puesto que carecía de "características específicas" sobre las conductas ilícitas.[20] Dos o más leyes que aluden esencialmente a la misma conducta criminal—tales como los delitos casi indistinguibles relacionados con el terrorismo y la traición a la patria,[21] o delitos similares respecto de "afiliación" y "colaboración" con organizaciones terroristas[22]—también violan el artículo 9.

En *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, una ley sobre homicidio establecía posibles condenas de entre 25 y 50 años. También contemplaba la pena de muerte "si se revelare una mayor peligrosidad del agente", determinada por el juez de acuerdo con "las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes".[23] La Corte mostró preocupación de que una evaluación de la "peligrosidad" pudiera conducir a la pena de muerte, pues consideró que eso abriría la puerta a la arbitrariedad y al "autoritarismo".[24] Concluyó que la ley violaba el Artículo 9.[25] La sentencia Fermín Ramírez mostró que la Corte, en su análisis de la legalidad, evaluará tanto la definición legal del delito como los términos relacionados con su sanción.

Debe notarse que el Tribunal no siempre determina la compatibilidad con el artículo 9 de todas las leyes penales o sancionatorias que se le presenten. Al parecer, la víctima también debe haber sido condenada por un delito o habérsele aplicada la sanción.[26] Si se ha impuesto una condena basada en una ley ambigüa, la Corte ha sido receptiva ante un examen de legalidad, incluso si el asunto no ha sido planteado por las partes en el juicio.[27] Dicha postura parece ser una posición pragmática para la Corte, a fin de limitar lo que podría convertirse en una revisión agobiante de muchos códigos penales nacionales. En todo caso, la compatibilidad de una ley con la Convención es una cuestión independiente de su

17 Por ejemplo, Corte IDH. *Kimel vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 63; Corte IDH. *Castillo Petruzzi et al. vs. Perú, op. cit,* párr. 121.

18 Corte IDH. *Usón Ramírez vs. Venezuela, op.cit.*, párr. 57; Corte IDH. *Kimel vs. Argentina, op. cit,* párrs. 66 a 67.

19 Corte IDH. *Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit,* párr. 74.

20 Corte IDH. *Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit,* párr. 108.

21 Corte IDH. *Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 155; Corte IDH. *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit,* párr. 119.

22 Corte IDH. *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 200.

23 Corte IDH. *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 92.

24 *Ibidem,* párr. 94.

25 *Ibidem,* párr. 98.

26 Véase Corte IDH. *Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 126. La Corte puede también examinar leyes vagas que aplican sanciones de carácter administrativo. *Véase* Corte IDH. *Baena-Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit,* párr. 107.

27 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Usón Ramírez vs. Venezuela, op. cit,* párr. 53; Corte IDH. *Kimel vs. Argentina, op. cit,* párr. 62 (considerando *sua sponte* una violación del Artículo 9). Pero, *véase* Corte IDH. *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs.s 113, 116 (los peticionarios sostuvieron que las leyes penales violaban el Artículo 9, pero la Corte decidió no evaluar este asunto).

aplicación a cualquier individuo en particular—e igualmente podría llevar a una violación al articulo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención.

2. Leyes ex post facto e irretroactividad

La Corte ha examinado una serie de casos en los cuales los individuos fueron condenados por acciones que no eran ilícitas en el momento de su comisión. Estos juicios correspondían, primordialmente, a cargos relacionados con conductas entendidas como terrorismo en el Perú.[28] Dado que las leyes penales fueron aprobadas de manera posterior a los actos en cuestión, y aun así los demandantes fueron condenados, la Corte determinó que hubo violaciones del artículo 9 por su aplicación retroactiva.[29]

En *Baena-Ricardo y otros vs. Panamá*, una ley fue aplicada retroactivamente a 270 servidores civiles que protestaron por las condiciones laborales, lo que derivó en su despido. La Corte sostuvo que "las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas".[30] Como resultado, la sanción administrativa (el despido), dada su naturaleza punitiva, violó el artículo 9.[31,32]

3. Ley penal más favorable

El artículo 9 establece que "tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". En *Vélez Loor vs. Panamá,* una ley panameña dispuso que "los extranjeros condenados a la deportación que elud[ieran] esta pena, permaneciendo en el país clandestinamente, o la burl[aran] regresando a él, estar[ían] dedicados a trabajos agrícolas en la Colonia Penal de Coiba, por dos (2) años, y obligados a salir del país al cumplirse este término".[33] El señor Vélez Loor, después de reingresar a Panamá de manera subsecuente a una orden de deportación, fue condenado a una pena de dos años de prisión en lugar de la establecida en la ley. El Estado explicó que Coiba se había convertido recientemente en un "sitio turístico [y] ecológico" y, como consecuencia, "la aplicación literal del precepto indicado resulta inoperante".[34] Para el momento en que el caso llegó a la Corte, la ley había sido derogada; no obstante, la Corte estimó que había una violación del artículo 9 debido a "la aplicación de una sanción más gravosa a la prevista" en la ley en cuestión.[35] En efecto, el Estado castigó una ofensa administrativa —es decir, un asunto migratorio— con una sanción penal.

Además, como se señaló anteriormente, tanto el PIDCP como la Convención Americana estipulan: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". Esta disposición fue aplicada por la Corte Interamericana en *Ricardo Canese vs. Paraguay,* desarrollando el principio de retroactividad de la norma penal más favorable.

Los tribunales paraguayos condenaron al señor Canese por calumnias y lo sentenciaron a prisión en cumplimiento de las leyes penales pertinentes.[36] No obstante, un año después entró en vigor un nuevo código penal. Este código "disminuyó las penas mínimas y máximas para el delito de difamación

---

28 Véase Corte IDH. *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, op. cit,* párrs. 207-208; Corte IDH. *De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 107.

29 *Ibid*.

30 Corte IDH. *Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit*, párr. 106.

31 *Ibidem,* párr. 115. En este caso no se ordena el cambio legislativo debido a que al momento de tomar la decisión la ley ya había perdido vigencia.

32 Sobre libertad de asociación en relación con este caso, véase también el comentario al artículo 15 de Javier Mujica en esta misma obra.

33 Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá, op. cit,* párr. 185.

34 *Ibidem,* párr. 186.

35 *Ibidem,* párr. 188.

36 Corte IDH. *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 182.

y estableció la multa como sanción alternativa a la pena de prisión".[37] De acuerdo con la Corte, los tribunales "debían comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto y determinar si se debía reducir las penas impuestas al señor Canese o si se debía aplicar solamente la pena de multa".[38] El Estado no dio respuesta a las peticiones del señor Canese al respecto y, por lo tanto, incurrió en una violación del artículo 9.[39]

4. Crímenes internacionales

Como se indicó en la Introducción, a diferencia de la Convención Americana, tanto el PIDCP como la Convención Europea incluyen expresamente a los delitos "según el derecho nacional o internacional" en sus disposiciones respectivas sobre el principio de legalidad, y además establecen que: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".[40]

La inclusión de delitos "internacionales" tenía el propósito de prevenir que un individuo evadiera la sanción de un crimen internacional al argüir que eso no era ilícito bajo el derecho nacional correspondiente.[41] Al clarificar además que los crímenes según los "principios generales del derecho" también podrían ser juzgados, el PIDCP y el Convenio Europeo extendieron su alcance a delitos que no están identificados en los tratados o el derecho consuetudinario internacional.[42]

Aún si los redactores de la Convención Americana no desearon incluir a los delitos internacionales en el artículo 9,[43] en la actualidad existe apoyo para la sanción de tales delitos en el Sistema Interamericano. En 2003, la Comisión Interamericana emitió una resolución especial, "Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales", que subrayó que:

> [L]os crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que la comisión de éstos no debe quedar impune.[44]

La Corte Interamericana ha reiterado la obligación de extraditar o enjuiciar a los perpetradores de tales crímenes, incluso bajo los principios de la jurisdicción universal.[45]

---

[37] *Ibidem*, párr. 183.

[38] *Ibidem*, párr. 186.

[39] *Ibidem*, párr. 187.

[40] El artículo 15.2, PIDCP. El artículo 7.2 del Convenio Europeo es bastante similar: "El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

[41] Por ejemplo, véase también, Nowak, Manfred , Comentario al PIDCP 276, 2005.

[42] Harris, O'Boyle y Warbrick, *op. cit*, pp, 338-339. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone tres fuentes primarias de derecho internacional: "a. las convenciones internacionales… b. la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. *los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*" (énfasis añadido). Es interesante notar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, luego de dejar codificadas diversas conductas constitutivas de crímenes internacionales, luego señala en su artículo 22, inciso 3: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente estatuto".

[43] El delegado argentino, en respuesta a la sugerencia del delegado colombiano de incluir la referencia al derecho internacional contenida en el PIDCP, expresó que "sería una aspiración interesante para el futuro". P. 206, Minutas de la 8a Sesión del Comité I, Doc. 48, Noviembre 15 de 1969.

[44] *Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/03 (2003).

[45] Corte IDH. *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 160; Corte IDH. *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 131-132.

En el *Caso Gomes Lund et al. ("Guerrilla do Araguaia") vs. Brasil*, las desapariciones forzadas bajo examen habían ocurrido hacía más de 30 años, época en la que el crimen no había sido expresamente establecido en el derecho brasilero. No obstante, la Corte declaró responsable al Estado por las desapariciones forzadas y exigió la persecución y la sanción de los perpetradores.[46] Cuando el Estado argumentó que se afectaría el principio de legalidad y de irretroactividad, el Tribunal respondió con dos argumentos centrales: la necesidad de que los jueces internos realicen el "control de convencionalidad" aplicando no sólo la ley interna sino la Convención y su interpretación, así como la no afectación del principio de irretroactividad, dado que "los efectos del acto internacionalmente ilícito en cuestión continúan ocurriendo".[47]

Este último punto, en primera medida, señala que la naturaleza de los crímenes continuados transcendió los límites temporales de la ley de amnistía en Brasil, la cual fue promulgada para bloquear la sanción de ciertos delitos cometidos bajo el gobierno militar.[48] En el *Caso Radilla Pacheco vs. México*, el cual también trató de los crímenes continuados de desapariciones forzadas, la Corte hizo una declaración parecida.[49]

La pregunta es si la respuesta de la Corte podría ser interpretada en el sentido de que los crímenes, debido a su condición de "internacionalmente ilícitos", deberían ser procesados a pesar de cuestiones de retroactividad. Más adelante en la sentencia de *Gomes Lund*, el Tribunal ordena al Estado, al no contar con tipificación interna del delito de desapariciones forzadas, a establecerlo.[50] Sin embargo, *la Corte todavía no ha hecho una afirmación directa de que el artículo 9 permita la sanción de delitos internacionales que no estaban tipificados en el derecho nacional.* Hasta ahora, ha podido evitar el asunto preciso en los casos de desapariciones forzadas, aprovechando de su carácter continuado.

5. Perspectiva comparada

Ni el TEDH ni el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas son tan propensos como la Corte Interamericana a declarar violaciones a las disposiciones que establecen el principio de legalidad. Esto es cierto particularmente en lo que respecta al principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. En efecto, se ha notado que "la Corte [Europea], en varios casos, ha establecido que no hubo violación del artículo 7 [del Convenio Europeo] a pesar de que hay leyes redactadas de forma muy general u obscura".[51] Dicho enfoque es incompatible con el reconocimiento del Tribunal Europeo de que el principio de legalidad, protegido por el artículo 7 de Convenio Europeo, requiere, *inter alia*, que los delitos penales deben estar "claramente definidos en el derecho".[52]

Asimismo, al parecer la Corte Interamericana aplica el artículo 9 a un rango más amplio de situaciones que su contraparte en Europa. Se recordará que, para la Corte Interamericana, la sanción administrativa puede requerir la protección del artículo 9.[53] Por otra parte, el artículo 7 del Convenio Europeo (que trata del principio de legalidad) solamente aplica al sistema de justicia penal.[54]

---

[46] Corte IDH. *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219, párr. 325.

[47] *Ibidem*, párr. 179.

[48] *Ibid*.

[49] Cortre IDH. *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 239.

[50] Corte IDH. *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, *op. cit*, párrs. 286-287.

[51] Harris, O'Boyle y Warbrick, *op. cit*, página 335 (2da ed. 2009).

[52] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Kokkinakis vs. Greece, párr. 52 (1993).

[53] Corte IDH. *Baena-Ricardo y otros vs. Panamá*, O'Boyle y Warbrick,, párr. 106-107.

[54] O'Boyle y Warbrick, Harris, *op. cit*,, página 332.

Aun así, esta es un área que requiere de un mayor desarrollo jurisprudencial. En cuanto al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los casos existentes son similarmente escasos.[55] Dicho Comité ha afirmado:

> Las acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han declarado punibles. La noción puede extenderse también a actos de naturaleza delictiva porque conllevan sanciones que, independientemente de su calificación en el derecho interno, deben considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad.[56]

Pero el Comité de Derechos Humanos no ha interpretado este examen de "objetivo, carácter o gravedad" lo suficiente como para afirmar con certeza cuándo consideraría que ciertas sanciones administrativas encuadraran en la disposición equivalente del PIDCP.

[55] Examiné 22 decisiones del Comité de Derechos Humanos que evaluaron el artículo 15 del PIDCP (del período 1981-2007), y ni una sola declaró una violación de la disposición.

[56] Comité de derechos humanos, observación general No. 32, Articulo 14: el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 (2007), párr. 15.

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Jurisprudencia más relevante

Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos

Corte IDH: Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Informe N° 124/06, Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay.

Informe Nº 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua.

Informe Nº 3/02, Petición 11.498, Jorge Fernando Grande vs. Argentina.

Informe Nº 43/04, Petición 306-99, Yalmileth Rojas Piedras vs. Costa Rica.

Naciones Unidas

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Articulo 14: el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 (2007).

Terry Irving vs. Australia, Comité de derechos humanos, Comunicación 880/1999, CCPR/C/74/D/880/1999 (2002)

Consejo Europeo

Informe Explicativo, Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Artículos y publicaciones académicos

ANTKOWIAK, Thomas y GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles (por publicarse 2014).*

HARRIS, O'BOYLE Y WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights (2da. edición 2009).*

LOSADA-REVOL, Isaías y RIBEIRO-MIERES, Soledad, *El Artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Alcance y Contenido en Problemas Actuales de Derechos Humanos*, Número 1, 2012.

MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, 2003.

NOWAK, Manfred, *Comentario sobre el PIDCP*, 2ª. ed. 2005.

Índice

I. Introducción y antecedentes

Los antecedentes en la redacción del artículo 10 de la Convención Americana se desprenden del proyecto preliminar de la Comisión Interamericana, el cual incorporó elementos que pueden encontrarse tanto en el CEDH como en el PIDCP. El proyecto de la Comisión estipulaba lo siguiente:

> Toda persona que haya sido privada de libertad ilegalmente o por error judicial, será indemnizada por las pérdidas sufridas como consecuencia de la condena y por el tiempo que haya sido privado de la libertad, salvo en el caso de que el sentenciado haya contribuido a hacer posible el error judicial.[1]

El artículo 9.5 del PIDCP y el artículo 5.5 del Convenio Europeo contemplan un "derecho efectivo a obtener reparación" para las víctimas que hubieren sido privadas de su libertad, detenidas, presas o arrestadas ilegalmente.[2] Además, el artículo 14.6 del PIDCP y el artículo 3 del Protocolo 7 para el Convenio Europeo establecen un derecho a la reparación en el caso de "error judicial".

Debido a una oposición sustancial en San José, el artículo 10 casi fue eliminado en su totalidad.[3] Argentina objetó lo impráctico de establecer un "derecho automático" a la indemnización, así como la terminología demasiado amplia y vaga de tal disposición.[4] Estados Unidos había considerado que el término "error judicial" podría ser interpretado de tal modo que "abarcaría cualquier caso revocado en la apelación", con lo que se indemnizaría a "demandantes sin mérito" y se impondría una pesada carga financiera a los Estados.[5] Sin embargo, unas cuantas delegaciones, tales como las de Guatemala y Costa Rica, apoyaron de una u otra forma que se conservara este derecho.[6] Como resultado, se asignó un grupo de trabajo; la propuesta del grupo fue posteriormente enmendada por el delegado mexicano y se alcanzó la formulación final.[7]

En la versión final se excluyeron las referencias a la privación de la libertad. El supuesto "derecho automático" a la reparación fue atenuado por la frase "de acuerdo con la ley". La frase en inglés "*judicial error*" fue reemplazada por la de "*miscarriage of justice*", pero en español ("error judicial") permaneció sin cambios. Esta dicotomía también existe en las versiones en español y en inglés del artículo 14.6 del PIDCP.

A pesar de los esfuerzos de los delegados en San José de restringir el contenido del artículo 10, éste sigue siendo más amplio que el artículo 14.6 del PIDCP y el artículo 3 del Protocolo 7 del Convenio Europeo. Los textos de los tratados de las Naciones Unidas y de Europa son casi idénticos. Son muy específicos, pues exigen la existencia de una sentencia condenatoria firme ulteriormente revocada o un indulto debido a un hecho nuevo o nuevas revelaciones "plenamente probatorio[s] de la comisión de un error judicial". Más aún, la persona debe haber "sufrido una pena como resultado de tal sentencia" y no debe ser responsable por "no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido".

---

1 Artículo 9, Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos, Doc. 5 (Inglés). Septiembre 22, 1969.

2 Aun así, Nowak, Manfred ha afirmado que, a pesar de su "naturaleza inmediatamente vinculante", el lenguaje del PIDCP sugiere que es un recurso más "orientado hacia el futuro". Nowak, Manfred, Comentario sobre el PIDCP 237, 2a. ed. 2005.

3 *Véase* páginas 207-208, Minutas de la 8a. Sesión del Comité I, Doc. 48, Noviembre 15 de 1969.

4 Proyecto de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos y Observaciones y Comentarios de los Gobiernos Americanos, Doc. 13, Septiembre 22 de 1969.

5 *Ibid*. Durante las negociaciones del PIDCP, Estados Unidos y Argentina estuvieron entre los Estados que se opusieron al derecho a la indemnización en estas circunstancias. Nowak, *op. cit.*, página 352.

6 *Véase* Minutas de la 8a. Sesión del Comité I, Doc. 48, Noviembre 15 de 1969, en la página 208.

7 *Véase* página 250, Minutas de la 12a. Sesión del Comité I, Doc. 51, Rev. 1, Noviembre 18 de 1969.

II. Ámbito de protección del artículo 10

1. Parámetros flexibles

El artículo 10 de la Convención Americana otorga una considerable amplitud para su interpretación, debido a que contiene sólo algunas de las limitaciones propias de los textos Europeo y de las Naciones Unidas, y no establece una definición clara de "error judicial".[8] En el momento en que se redactan estas líneas, no hay sentencias de la Corte Interamericana que se refieran a esta disposición, aunque, en *Baena-Ricardo y otros vs. Panamá,* un caso que hace referencia a sentencias civiles, la Comisión Interamericana presentó a la Corte un argumento somero de la violación del artículo 10.[9] Sin embargo, el Tribunal no evaluó la presunta violación, sino que, simplemente, citó el artículo en el apartado sobre reparaciones de la sentencia.[10] Por su parte, la Comisión Interamericana ha abordado el artículo en algunas ocasiones.

2. "Condenada en sentencia firme"

La frase "condenada en sentencia firme" parece hacer referencia a una condena penal, tanto por su significado literal como por el origen de la frase – a saber, el PIDCP y el Convenio Europeo. La Comisión Interamericana, en algunas ocasiones, ha apoyado esta interpretación.

Por ejemplo, en *García-Fajardo y otros vs. Nicaragua,* un gran número de empleados que fueron despedidos solicitaron la protección de su derecho constitucional de huelga ante la Corte Suprema de Nicaragua, a través de la interposición de un recurso de amparo. La Comisión encontró errores en la resolución de la Suprema Corte al resolver el caso, y decidió que el Estado había violado los derechos de los peticionarios al debido proceso y a la protección judicial. No obstante, entendió que el fallo de la Suprema Corte "no constituye una sentencia condenatoria" y por lo tanto no violó el artículo 10.[11] A pesar de la decisión de la Comisión, algunos comentaristas han propuesto una interpretación más amplia del artículo 10, el cual podría incluir asuntos civiles y administrativos, además de condenas penales.[12] "Sentencias firmes" son generalmente aquellas inapelables, aunque las definiciones precisas de "firme" se han debatido en otros sistemas de derechos humanos.[13] Según el Informe explicativo del Convenio europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales del 28 de mayo de 1970, una sentencia se considera firme si ha adquirido la fuerza de un *res judicata*.[14] Esto ocurre "cuando no haya más recursos ordinarios disponibles o cuando las partes hayan agotado estos recursos o si han permitido que el plazo expire sin valerse de ellos".[15]

La Comisión Interamericana ha indicado que comparte esta interpretación sobre las "sentencias firmes" en el contexto del artículo 10. En *Rojas-Piedra vs. Costa Rica*, la peticionaria buscaba ser indemnizada por un error judicial que había derivado en su condena por un tribunal de primera instancia.[16] Sin embargo, interpuso recurso de revisión contra dicha decisión ante la Corte Suprema que "absolvió de toda pena y responsabilidad a la presunta víctima y ordenó, en forma clara y específica, la cancelación

[8] *Véase* Medina, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia* 356 (2003).

[9] Corte IDH. *Baena-Ricardo et al. vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Series C No. 72.

[10] *Ibidem*, párr. 194.

[11] Informe Nº 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua, párr. 93.

[12] Véase Isaías Losada-Revol y Soledad Ribeiro-Mieres, *El Artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Alcance y Contenido en* Problemas Actuales de Derechos Humanos, Número 1 (2012).

[13] *Véase, por ejemplo*, Terry Irving vs. Australia, Comunicación Nº 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999 (2002)

[14] Comentario sobre el artículo 1.a: Informe explicativo del Convenio europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales del 28 de mayo de 1970, página 22.

[15] *Ibid.*

[16] Informe Nº 43/04, Petición 306-99, Yalmileth Rojas Piedras vs. Costa Rica.

de la inscripción del fallo condenatorio en el Registro Judicial de Delincuentes".[17] Por este motivo, la decisión de la corte de primera instancia que se cuestionaba no puede considerarse una "sentencia firme" a efectos del artículo 10 en tanto "no adquirió carácter de cosa juzgada".[18] La Comisión declaró inadmisible la violación alegada del artículo 10.

En *Grande vs. Argentina,* el peticionario había sido procesado durante la dictadura militar por supuestas actividades delictivas de la gerencia de la cooperativa de crédito donde él trabajó.[19] Posteriormente, el Estado había sometido al señor Grande "a un procesamiento penal" por más de 8 años, hasta que los cargos fueron "definitivamente desechados".[20] De manera similar al caso *Rojas-Piedra,* la Comisión decidió que la petición era inadmisible en relación con los argumentos vertidos sobre el artículo 10 y sostuvo que el señor Grande no había recibido una sentencia firme en absoluto, porque los cargos contra él fueron desestimados.[21] Sin embargo, admitió el caso por violaciones procesales, elevándolo a la Corte Interamericana, órgano que no encontró violaciones a derechos humanos.[22]

3. El término "condenada" comprende algo más que el encarcelamiento

La decisión de la Comisión en *Cirio vs. Uruguay* muestra que la palabra "condenada" del artículo 10 puede referirse a sentencias que imponen sanciones penales distintas al encarcelamiento. En *Cirio,* un oficial militar en retiro criticó ciertas acciones de las fuerzas armadas. Como resultado, un tribunal militar "enjuició al peticionario por el crimen de insulto al honor militar".[23] El Sr. Cirio fue declarado culpable y recibió "una sanción de por vida que, entre otras cosas, le privaba de su status y beneficios", incluyendo toda su pensión.[24] Más de veinte años después, su status y beneficios fueron restituidos, aunque no le cubrieron los montos correspondientes a pagos anteriores. De acuerdo con la Comisión, a pesar de que las autoridades "reconocie[ron] la naturaleza política e ideológica del castigo, no revocaron las resoluciones que lo sancionaron ni brindaron reparaciones completas (*restitutio in integrum*)".[25] En consecuencia, la Comisión determinó que Uruguay violó el derecho del peticionario consagrado en el artículo 10.

4. "Error judicial" y "Miscarriage of Justice"

Como se señaló anteriormente, la frase "error judicial" fue reemplazada por "miscarriage of justice" en la versión final en inglés del artículo 10, pero en la versión en español "error judicial" permaneció inalterada. "Miscarriage of justice" en la terminología legal de EE.UU. indica un "resultado manifiestamente injusto en un procedimiento judicial". [26] El Informe explicativo del protocolo No. 7 del Convenio Europeo describe de manera similar que el concepto supone "algunas fallas serias en el procedimiento judicial que implican graves perjuicios para la persona condenada".[27] Por ello, esto no supone un mero defecto en los procedimientos judiciales, sino que se debe producir un resultado especialmente injusto.

17 *Ibidem,* párr. 65.
18 *Ibidem,* párr. 64.
19 Informe Nº 3/02, Petición 11.498, Jorge Fernando Grande vs. Argentina.
20 *Ibidem,* párr. 38.
21 *Ibidem,* párr. 43.
22 *Véase* Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina.* Excepciones preliminares y fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 231.
23 Informe N° 124/06, Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay, párr. 60.
24 *Ibidem,* párr. 62.
25 *Ibidem,* párr. 124.
26 Black's Law Dictionary (2009).
27 Informe Explicativo, Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 23.

No está claro si "error judicial", en el contexto de la Convención Americana, tiene el mismo sentido. El voto del Comisionado Julio Prado-Vallejo en García-Fajardo y otros vs. Nicaragua sugiere que el concepto comprende errores judiciales menos graves. Citando jurisprudencia de España, Prado-Vallejo considera que existe "error judicial" cuando "a través de fraude, negligencia, o conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta".[28] Esta interpretación de "error judicial" es más amplia que el concepto restringido de miscarriage of justice.[29] Es decir, los "resultados manifiestamente injustos" podrían no ser necesarios para violar el artículo 10.

Además, es preciso recordar que el PIDCP y el protocolo 7 del Convenio Europeo requieren que se presente un hecho nuevo o que nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial. Por ejemplo, en el caso Irving vs. Australia del Comité de Derechos Humanos, una sentencia condenatoria fue anulada por defectos en el proceso.[30] Sin embargo, el Comité le denegó al peticionario su derecho a indemnización porque la anulación no se debió a hechos nuevos o nuevas revelaciones.[31]

El artículo 10 de la Convención Americana no hace referencia alguna a un nuevo hecho o a uno recientemente descubierto. Tales elementos tampoco fueron requeridos por la Comisión Interamericana para encontrar una violación a tal artículo en el *Caso Cirio*. En este caso, tal como se ha señalado anteriormente, el peticionario había criticado a las fuerzas armadas y fue condenado por insultar al honor militar. Cuando la sanción fue anulada, no fue sobre la base de nuevos hechos, sino porque el Estado reconoció la "naturaleza política e ideológica del castigo".[32]

También debe notarse que, en el *Caso Cirio*, el Estado anuló la sanción y restituyó el status de la víctima, sin que dichas medidas sean requeridas explícitamente por los términos del artículo 10. En contraste, el PIDCP y el protocolo 7 requieren una anulación o indulto formal para que la víctima pueda solicitar indemnización.

5. El significado de "indemnización"

a. Una obligación positiva del Estado

El derecho de indemnización que sigue a un error judicial claramente establece una obligación positiva del Estado. Aunque el Sistema Interamericano apenas empezó a evaluar la naturaleza de la obligación proveniente del artículo 10, algunos aspectos han sido considerados por otros mecanismos de derechos humanos. Un punto merece especial atención: la indemnización "conforme a la ley" no significa que el Estado no tiene la obligación de otorgar una indemnización cuando el derecho interno o la práctica no establece tales indemnizaciones.[33] Más bien, como fue indicado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los Estados deben promulgar disposiciones que garanticen que la indemnización pueda, en efecto, ser pagada a la víctima del error judicial y dentro de un periodo de tiempo razonable.[34]

[28] Voto razonado y parcialmente disidente del Comisionado Julio Prado Vallejo, Informe Nº 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua.

[29] Es interesante señalar, sin embargo, unas de las declaraciones interpretativas hechas por la Argentina al ratificar la Convención: "El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el 'error judicial' sea establecido por un Tribunal Nacional: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina

[30] Terry Irving vs. Australia, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 880/1999, CCPR/C/74/D/880/1999 (2002).

[31] En un voto disidente, Henkin y Scheinin opinaron que la frase del artículo 14.6, "por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial", debe sólo aplicar a indultos y no a sentencias revocadas. *Ibid.*

[32] Informe N° 124/06, Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay, párr. 124.

[33] Informe Explicativo, Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 25.

[34] Comité de derechos humanos, observación general No. 32, Articulo 14: el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 (2007), párr. 52.

b. El efecto del indulto o anulación de condena sobre el derecho a la indemnización

Otro aspecto que todavía no se encuentra claramente desarrollado por los órganos del sistema interamericano es el impacto que podrían tener los indultos sobre el derecho a la indemnización. El Comité de Derechos Humanos establece que no se debe indemnización "si el fallo condenatorio se anula … en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial".[35] Una opinión similar es sostenida en el Consejo de Europa.[36]

El texto escueto del artículo 10, sin embargo, podría conducir a un resultado diferente. Esto es, si una condena es anulada o la persona indultada con base en razones diferentes a un error judicial, tales como por razones humanitarias, el derecho a la indemnización del artículo 10 podría aún ser aplicable.[37] Lo que presupone todavía, por supuesto, que la persona fue condenada en sentencia firme a través de un error judicial.

c. La indemnización vs. las "reparaciones completas"

En *Cirio vs. Uruguay*, la Comisión Interamericana aborda la naturaleza de la indemnización establecida en el artículo 10. Según la Comisión, el Estado estaba obligado a garantizar "reparaciones completas (restitutio in integrum)" a la víctima".[38] Por cuanto que la reparación que se concedió al señor Cirio por los daños sufridos fue insuficiente, la Comisión sostuvo una violación del artículo 10. Algunos comentaristas han sugerido que la Comisión aplicó incorrectamente el estándar del artículo 63.1 de la Convención a su análisis del artículo 10.[39]

Como se indicó arriba, el artículo 10 establece el derecho a la indemnización "conforme a la ley", frase que refleja el enunciado del artículo 14.6 del PIDCP. Nowak explica que esta frase obedece a "la convicción de que una cuestión tan compleja como es la determinación de una indemnización por un error judicial sólo puede ser implementada internamente por la vía de los correspondientes lineamientos establecidos por ley".[40] En la misma línea, el artículo 3 del Protocolo 7 del Convenio Europeo establece indemnizaciones "conforme a la ley o a la práctica vigente en el Estado respectivo". De acuerdo con marcos jurídicos internos, la indemnización en este contexto muy probablemente significaría la entrega de dinero en efectivo.[41]

En cambio, cuando se ordenan reparaciones de conformidad con el artículo 63 de la Convención, la Corte Interamericana persigue el estándar del *restitutio in integrum*. Esta sólida norma del derecho internacional "consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación".[42] El artículo 63.1 otorga a la Corte el mandato extenso de buscar un *restitutio in integrum*, que exige una "justa indemnización" y aún más:

> la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos…

---

[35] *Ibidem*, párr. 53.

[36] *Véase* Informe Explicativo, Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 23.

[37] *Véase* Losada-Revol & Ribeiro-Mieres, *op. cit*.

[38] Informe N° 124/06, Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay, párr. 124.

[39] *Véase* Losada-Revol & Ribeiro-Mieres, *op. cit*.

[40] Nowak, *op. cit*, página 355. Sin embargo, la determinación de una indemnización por un error judicial no es necesariamente más "compleja" que reparar otras violaciones serias a los derechos humanos.

[41] *Véase, por ejemplo,* John C. Jeffries, *Disaggregating Constitutional Torts*, 110 Yale L.J. 259, 262 (2000)(explicando la práctica de Estados Unidos).

[42] *Véase, por ejemplo,* Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 415; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 170.

De ese modo, es posible que en el *Caso Cirio*, la Comisión aplicara un criterio jurídico erróneo al declarar una violación del artículo 10.[43] Las "reparaciones completas" y *restitutio in integrum* probablemente habrían exigido más de Uruguay que lo que estaba requerido por sus propias leyes nacionales, y así, más de lo que era exigido por el artículo 10. Pero existe una interpretación diferente de la decisión de la Comisión: los principios de indemnización y reparación han evolucionado—de la misma forma que la propia Convención, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, amplía sus protecciones a través del tiempo.

De hecho la jurisprudencia de la Corte Interamericana pone de relieve que una indemnización monetaria por sí sola raramente representa una reparación adecuada de violaciones de derechos humanos.[44] En casos de violación al debido proceso y de detención arbitraria (dos situaciones con frecuencia asociadas a los términos del artículo 10), la Corte ordena diversas medidas de carácter no monetario, tales como restitución, rehabilitación y ofrecimiento de disculpas, sumadas a las propias indemnizaciones monetarias. Por tanto, al requerir "reparaciones completas" en el caso Cirio, la Comisión podría haber reducido el rango de discrecionalidad permitido a los Estados por el artículo 10. Tal vez la decisión sirve como una directiva a los Estados para incorporar los estándares pluridimensionales de reparaciones de la Corte a sus marcos legales nacionales.

Desde luego, no hay ninguna razón por la que los graves abusos asociados con errores judiciales deban recibir menos reparación que otras comparables violaciones de derechos humanos. La indemnización es mencionada sólo raramente en la Convención Americana; [45] por ello, al parecer, los redactores intentaron particularizar las víctimas de los errores judiciales para darles una protección especial. Restringir el artículo 10 a la indemnización monetaria y otros principios limitados de reparación podría ir en contra de esa intención.

6. El marco de la Corte Interamericana en materia de reparaciones

En los últimos doce años, la Corte ha conducido un movimiento internacional para expandir los conceptos de reparaciones por violaciones a derechos humanos.[46] En acatamiento al principio *restitutio in integrum* y en respuesta a las peticiones de las víctimas, sus sentencias usualmente ordenan una combinación de reparaciones pecuniarias y no-pecuniarias.[47] Se presenta brevemente el marco de la Corte en párrafos posteriores, el que tiene mayor desarrollo en el comentario al artículo 63, infra.

a. Reparaciones pecuniarias

Los daños pecuniarios, de acuerdo con la Corte Interamericana, se refieren a "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso".[48] De esta forma, la Corte ha

[43] La demanda presentada por la Comisión Interamericana en el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* sugiere un criterio jurídico similar, http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=160.

[44] *Véase, por ejemplo*, Thomas M. Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Colum. J. Transnat'l L. 351 (2008).

[45] La indemnización está mencionada solamente en los artículos 10, 21, 63 y 68 de la Convención Americana.

[46] *Véase* Thomas M. Antkowiak, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, 47 Stanford Journal of International Law, 279, 320-21 (2011) (donde se examinan los avances en el derecho internacional de las reparaciones); Sergio García-Ramírez y otros, *Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach*, 56 American University Law Review 1375, 1429–1430 (donde se describe la evolución de la Corte en los últimos veinte años en cuanto a la jurisprudencia y a las reparaciones).

[47] Thomas M. Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Columbia Journal of Transnational Law, 351, 386–91 (2008).

[48] *Véase, por ejemplo,* Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 275; y Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 360.

fijado consistentemente daños pecuniarios por pérdida o detrimento de los ingresos, daños actuales[49] y daños consecuentes.

La Corte ha establecido que el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia".[50] Toda vez que este daño es difícil de cuantificar, la Corte determina una compensación en efectivo bajo este rubro "a través de una aplicación razonable de la discreción judicial y la equidad".[51] A fin de reparar los daños inmateriales, la Corte también ordena frecuentemente un amplio repertorio de medidas "que buscan, inter alia, conmemorar y dignificar a las víctimas, así como evitar la repetición de violaciones a los derechos humanos".[52] Tales reparaciones no-pecuniarias son abordadas en la siguiente sección.

b. Reparaciones no-pecuniarias

Hasta fines de la década de 1990, la Corte generalmente limitó las reparaciones no-pecuniarias.[53] Sin embargo, para fines de 2001, se elaboró casi en su totalidad el amplio enfoque contemporáneo de medidas equitativas de la Corte. Actualmente, las categorías generales de reparaciones no-pecuniarias ordenadas por la Corte incluyen restitución y cesación, disculpas, monumentos, reformas legislativas, cursos de capacitación y programas de desarrollo comunitario.[54]

La orden más frecuentemente emitida por la Corte es que los Estados investiguen, identifiquen y enjuicien a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. Tal como señala la propia Corte, estos requisitos no son técnicamente reparaciones; se originan en la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana.[55] No obstante, es indiscutible que la investigación de delitos y la imposición de penas cumplen funciones reparativas cruciales y son exigidas constantemente por las víctimas de abuso de derechos humanos.

c. Las reparaciones de la Corte IDH desde una perspectiva comparada

El enfoque contemporáneo de reparaciones de la Corte Interamericana comprende medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no –repetición, en conjunto con la compensación pecuniaria. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, si bien es una entidad no– vinculante, comparte este enfoque a través de sus comentarios generales sobre el PIDCP y varias recomendaciones formuladas a

---

49 La Corte no utiliza este término. Este es un término legal de EE.UU. que describe lo que la Corte efectivamente está haciendo.

50 *Véase, por ejemplo,* Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 275; y Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 371.

51 *Véase, por ejemplo,* Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 191.

52 *Ibid.*

53 Una excepción notable es *Aloeboetoe vs. Surinam*, un caso que involucró a siete miembros de una comunidad étnica asesinados por fuerzas militares. Entre otras medidas, la Corte Interamericana ordenó que el Estado reabriera una escuela rural y la dotara de personal, que reiniciara las operaciones de una clínica médica local, y que estableciera un fideicomiso para los familiares de las víctimas. La sentencia *Aloeboetoe* presentó un nivel de activismo en cuanto a las reparaciones que no se volvería a ver en los siguientes cinco años de sentencias de dicha Corte. *Véase* Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

54 Thomas M. Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Columbia Journal of Transnational Law 351, 386–91 (2008).

55 *Véase, por ejemplo,* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166 a 167, 178 a 181.

los Estados.[56] Este modelo comprensivo de reparaciones es apoyado también por otros instrumentos e instituciones de la ONU.[57]

En contraste, históricamente el TEDH sólo ha favorecido las reparaciones declarativas y la compensación monetaria.[58] Su limitado enfoque hacia las reparaciones ha sido demostrado en diversas situaciones. Es interesante que, durante la última década, han aparecido divergencias de esta postura conservadora, pues el Tribunal Europeo ha ordenado esporádicamente medidas tales como la recuperación de la libertad, la devolución de la propiedad y la realización de reformas legislativas.[59] Aun así, estas sentencias poco frecuentes no se aproximan al modelo de reparaciones de la Corte Interamericana, que exige consistentemente una amplia serie de medidas no-pecuniarias elaboradas a detalle.[60]

[56] *Véase, por ejemplo,* Comité de Derechos Humanos, observación general No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004) (donde se afirma que las reparaciones para las víctimas no sólo comprende la compensación, sino también puede "consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimientos de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos").

[57] Por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional exige el establecimiento de "principios relacionados con las reparaciones de, o con respecto a, las víctimas, incluyendo restitución, compensación y rehabilitación". La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas contempla como medidas compensación, restitución, rehabilitación, satisfación y garantías de no-repetición.

[58] *Véase, por ejemplo,* Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights 857 (2da. edición 2009).

[59] *Véase, por ejemplo,* Laurence R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, 19 European Journal of International Law 125, 147-149 (2008); Valerio Colandrea, *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases*, 7 Human Rights Law Review 396, 410-411 (2007); Philip Leach, *Beyond the Bug River: New Approaches to Redress by the ECHR*, 148 European Human Rights Law Review (2005). En los casos de restitución de propiedad, el Estado también ha tenido la opción de otorgar compensación monetaria. *Véase* Brumărescu vs. Romania (Just Satisfaction), 2001-I Eur. Ct. H.R. 155, 163, 165.

[60] Las recientes sentencias de la Corte Europea no parecen indicar una doctrina de reparaciones más expansiva. Restaurar la libertad de un individuo cesa una detención ilegal, y las modificaciones legislativas ayudan a prevenir la recurrencia de violaciones generalizadas. Tal cesación de violaciones continuas y las garantías de no-repetición no son técnicamente reparaciones. Se originan en una obligación general del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos dentro de su jurisdicción. Así, estas medidas son independientes del deber de un Estado de reparar a las víctimas individuales.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Artículos y publicaciones académicos

BERTONI, Eduardo. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho,* Segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, Capítulo III.

ZELADA, Carlos J. y OCAMPO ACUÑA, Diego A. Mauricio. *La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: *Derecho en Libertad.* Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey Año 4 No. 9 (Julio - Diciembre 2012).

Índice

I. Introducción

A diferencia de otros artículos de la Convención Americana, el artículo 11, que lleva por nombre “Protección de la Honra y de la Dignidad”, presenta un rostro bastante versátil.

Por un lado, se enfoca, como anuncia su título, en el reconocimiento explícito de “que toda persona tiene derecho al respeto de su honra”[1] y en la prohibición de “todo ataque ilegal contra la honra o reputación” de los individuos.[2]

De otro parte, el rótulo no debe llevarnos a error pues el artículo 11 de la Convención Americana evoca también un contenido más amplio, “no susceptible de definiciones exhaustivas”,[3] referido a la vida privada, y en especial, a la protección del domicilio, la reserva de las comunicaciones y la expresión sexual. Así, en una reciente decisión, la Corte IDH ha afirmado que la intimidad:

> comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.[4]

El artículo 11 de la Convención Americana, entonces, no se refiere solamente a la protección de la honra o de la reputación de los individuos, sino que además consagra el derecho a la vida privada o a la intimidad. En este trabajo nos referiremos a los criterios de interpretación de esta norma elaborados desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Como veremos a través de este comentario, las decisiones del tribunal se han referido, sobre todo, a la exploración del alcance de la segunda de las aristas mencionadas, es decir, al derecho a la vida privada o a la intimidad.

Ahora bien, la historia del tribunal con el artículo 11 de la Convención Americana es todavía algo breve y disímil si se le compara con el desarrollo jurisprudencial que han tenido otros derechos en el marco de las opiniones consultivas y casos contenciosos allí decididos. La primera vez que la Corte Interamericana declaró la violación del artículo 11 de la Convención Americana fue en 2004 con ocasión de su sentencia en el *Caso Gómez Paquiyauri*.[5] En la decisión, relacionada con la tortura y ejecución extrajudicial de dos menores de edad que fueron luego presentados por las autoridades policiales peruanas como terroristas, la Comisión IDH no alegó ante el tribunal la violación del artículo 11 de la Convención Americana. Fueron más bien los representantes de las víctimas quienes sostuvieron su vulneración al señalar que la posterior estigmatización del nombre de los hermanos Gómez Paquiyauri constituyó “un ataque ilegal contra su honra y reputación” que además ocasionó “injerencias abusivas

---

[1] Véase el texto del artículo 11.1 de la Convención Americana. Asimismo: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 57.

[2] Véase el texto del artículo 11.2 de la Convención Americana. Asimismo: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, supra nota 1, párr. 57.

[3] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.Resulta curioso que la versión en español de la Convención Americana titula el artículo 11 como Protección de la Honra y de la Dignidad, mientras que la versión en inglés lo rotula más bien como Right to Privacy.

[4] Corte Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 48.

[5] Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Es importante señalar, sin embargo, que la Corte Interamericana había realizado antes una breve referencia al artículo 11 en relación con el artículo 14 de la Convención Americana (Derecho de Rectificación o Respuesta) en la Opinión Consultiva OC-7/86. Véase: Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 23.

en el hogar y en la vida privada" de su familia.[6] En un brevísimo párrafo, la Corte Interamericana establecería así lo siguiente:

> En lo que respecta al artículo 11 de la Convención, está probado que las presuntas víctimas fueron tratadas como "terroristas", sometiéndolas a ellas y a su familia al odio, desprecio público, persecución y a la discriminación, por lo cual se ha conformado una violación del artículo 11 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la familia [Gómez Paquiyauri].[7]

Hasta allí llegó esa primera vez. Fue recién en 2006, con el *Caso* de las *Masacres de Ituango,*[8] que la Corte Interamericana comenzó a desarrollar de una manera más sistematizada el contenido y alcance del artículo 11 de la Convención Americana en su doble dimensión. Como veremos en este comentario, desde entonces se han añadido ocho nuevas decisiones en casos contenciosos que han involucrado la vulneración de dicho artículo: una durante 2007 (*Escué Zapata*[9]), dos en 2009 (*Tristán Donoso*[10] y *Escher y otros*[11]), tres para 2010 (*Manuel Cepeda Vargas,*[12] *Fernández Ortega y otros*[13] y *Rosendo Cantú y otra*[14]), una en 2011 (*Fontevecchia y D'Amico*[15]) y, finalmente, una más para 2012 (*Atala Riffo e Hijas*[16]). Salvo las decisiones en *Gómez Paquiyauri* y *Manuel Cepeda Vargas*, un rasgo en común que comparten estos casos es que, al referirse al artículo 11 de la Convención Americana, sus sentencias colocan un particular acento en la segunda de las dimensiones que hemos descrito, es decir, el derecho a la vida privada.

En este texto examinaremos los aspectos medulares de las decisiones de la Corte Interamericana que hemos señalado en el párrafo previo. Para ello, las hemos agrupado en función a tres ejes temáticos: (1) vida privada e inviolabilidad del domicilio, (2) vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, y (3) vida privada y sexualidad. Cerraremos nuestro comentario con una breve referencia al rol que juegan la honra y la reputación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cabe señalar que el análisis de la tensión entre la vida privada y la libertad de expresión lo hemos dejado para nuestro comentario al artículo 13 de la Convención Americana, unas páginas más adelante en esta misma obra.

II. Vida privada e inviolabilidad del domicilio

La Corte Interamericana ha examinado la relación entre la vida privada y la violación del domicilio en tres sentencias: *Masacres de Ituango*, *Escué Zapata* y *Fernández Ortega y otros*. En las tres decisiones el tribunal afirmó que el derecho a la vida privada se encuentra "íntimamente ligado" al lugar donde se asienta el domicilio familiar.[17] De acuerdo con esta línea argumental, quienes pierden sus hogares

---

6 Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit.* 5, párrs. 175 y 176. El alegato incluía además la indicación de la presunta violación del artículo 17 de la Convención Americana (Protección a la Familia) en perjuicio de los familiares de las presuntas víctimas. El tribunal, sin embargo, decidió no pronunciarse sobre la alegada vulneración del artículo 17. *Ibidem*, párr. 183.

7 *Ibidem*, párr. 182.

8 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

9 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

10 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, supra nota 1.

11 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

12 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

13 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, op.cit.,* 3.

14 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op.cit.,* 3.

15 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, op.cit.,* 4.

16 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

17 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, op.cit,* párr. 194; Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia,*

también pierden el ámbito personal y geográfico donde desarrollan su vida privada. Por ello, el despojo temporal o permanente del domicilio, no sólo viola el derecho al uso y disfrute de los bienes que allí se encuentran (es decir, vulnera el derecho de propiedad de las víctimas), sino que además configura la pérdida de una de las condiciones básicas para la existencia de los seres humanos: su intimidad. Para la Corte Interamericana el domicilio es el espacio "natural" donde la vida privada se desarrolla libremente.

En el *Caso de las Masacres de Ituango*, relacionado con las actividades de grupos paramilitares colombianos que perpetraron sucesivas incursiones armadas y que asesinaron a su paso a civiles en estado de indefensión, la Corte Interamericana decidió analizar, entre otras, la posible violación del artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con la destrucción de las viviendas de los pobladores del corregimiento "El Aro". Un dato singular es que en el trámite del caso ni la CIDH ni los representantes de las víctimas presentaron alegato alguno en relación a una presunta injerencia en el domicilio que pudiese configurar una violación del artículo 11 de la Convención Americana.

En la sentencia, el tribunal ya había concluido párrafos atrás que existía una violación "de especial gravedad del derecho a la propiedad privada por la quema de los domicilios de los pobladores de El Aro",[18] y bajo ese marco consideró necesario hacer, por vez primera, "algunas precisiones adicionales" sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención Americana. La Corte Interamericana sostuvo así que:

> El artículo 11.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias.
>
> La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por *parte de terceros o de la autoridad pública*. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que *el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada.*[19]

Un primer aspecto a destacar de los párrafos transcritos es la afirmación de que la violación del derecho a la vida privada puede provenir no sólo de injerencias arbitrarias por parte del Estado sino también de particulares. Un segundo aspecto esencial proviene de la base que la Corte Interamericana utiliza para justificar estas afirmaciones. El tribunal, ante la falta de antecedentes en sus propias decisiones, decide sustentar sus consideraciones en la jurisprudencia del TEDH que había "tratado el tema de la propiedad privada conjuntamente con el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, lo cual es garantizado por el artículo 8 del CEDH".[20] Como veremos posteriormente, esta misma técnica

op.cit., párr. 95; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, op.cit.*, 3, párr. 157.
En esa misma línea, es importante señalar que en su Voto Parcialmente Disidente en el *Caso Yakye Axa*, el juez Abreu Burelli agregó lo siguiente: "La protección del artículo 11 (Protección de la Honra y Dignidad) de la Convención comprende el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familiar y comunal, lo que implica la preservación de su cultura y el respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos". Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Voto Parcialmente Disidente del juez Abreu Burelli, párr. 26.

[18] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango, op.cit*, párrs. 182 y 192.

[19] *Ibidem*, párrs. 193 y 194. El resaltado es nuestro.

[20] *Ibidem*, párr. 195. El artículo 8 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) establece lo siguiente:
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.
En esta decisión la Corte Interamericana hace referencia explícita a los *Casos Ayder vs. Turquía, Bilgen vs. Turquía,*

es también utilizada por la Corte Interamericana para los casos relacionados con la violación de las comunicaciones telefónicas y de la vida sexual.

Con base en los antecedentes del sistema regional europeo, la Corte Interamericana concluyó así que la destrucción de los domicilios de los habitantes de "El Aro" por parte de las fuerzas paramilitares, con la colaboración del ejército colombiano, así como de las posesiones que se encontraban en su interior, además de ser una violación al derecho de propiedad de las víctimas, constituían además "una grave, injustificada y abusiva injerencia en su vida privada y domicilio".[21] En palabras del tribunal:

> Las presuntas víctimas que perdieron sus hogares perdieron también el lugar donde desarrollaban su vida privada. Por lo anterior, el Tribunal considera que el Estado colombiano incumplió con la prohibición de llevar a cabo injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y el domicilio.[22]

Como puede apreciarse, en el *Caso* de las *Masacres de Ituango* las consideraciones sobre el artículo 11 de la Convención Americana, se realizan, por decirlo de algún modo, de manera accesoria o complementaria a las violaciones ya declaradas de otros derechos, en especial del derecho de propiedad. Esto parecería reforzar la idea de una particular (y saludable) interdependencia entre la vida privada y otros derechos consagrados en la Convención Americana. En el siguiente *Caso Escué Zapata*, la Corte Interamericana comienza a dibujar, empero, un perfil más independiente (y menos subordinado) de la inviolabilidad del domicilio.

En la sentencia del *Caso Escué Zapata*, relacionada con la ejecución extrajudicial de un líder indígena a manos de miembros del ejército colombiano, el tribunal declaró la violación del artículo 11.2 de la Convención Americana a iniciativa de los representantes de las víctimas que habían señalado que "la violenta y arbitraria entrada al domicilio de Germán Escué y su familia constituyó violación del artículo 11.2 […] de la Convención".[23]

En *Escué Zapata* la Corte Interamericana inicia sus consideraciones sobre el artículo artículo 11 de la Convención Americana afirmando que éste incluye la protección del domicilio, de la vida familiar y de la correspondencia.[24] El tribunal, reiterando la relación entre la vida privada y el domicilio, señaló que:

> La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, *el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar.*[25]

La Corte Interamericana consideró que la acción de los efectivos militares constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en el domicilio familiar y declaró la violación del artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con la obligación general de respeto del artículo 1.1 del mismo instrumento

Selçuk y Asker vs. Turquía, todos de la jurisprudencia del tribunal regional europeo. Véase: Eur.C.H.R., Ayder et al vs. Turkey, No. 23656/94, Judgment of 8 January 2004, para. 119; Eur.C.H.R., Bilgin vs. Turkey, No. 23819/94, Judgment of 16 November 2000, para. 108; Selçuk vs. Turkey, No. 23184/94, Judgment of 24 April 1998, para. 86. En la sentencia se hace mención además de los casos siguientes: Xenides-Arestis vs. Turquía, Demades vs. Turquía, Yöyler vs. Turquía, Chipre vs. Turquía y Akdivar y otros vs. Turquía. Véase: Eur.C.H.R., Xenides-Arestis vs. Turkey, no. 46347/99, Judgment of 22 December 2005; Eur.C.H.R., Demades vs. Turkey, no. 16219/90, Judgment of 31 October 2003; Eur.C.H.R., Yöyler vs. Turkey, no. 26973/95, Judgment of 10 May 2001; Eur.C.H.R., Chipre vs. Turkey, no. 25781/94, Judgment of 10 May 2001; y Eur.C.H.R., Akdivar et al. vs. Turkey, no. 21893/93, Judgment of 16 September 1996.

21 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, *op.cit.*, párr. 197.

22 *Ibid.*

23 Corte IDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia, *op.cit.*, párr. 88.

24 *Ibidem*, párr. 91.

25 *Ibidem*, párr. 95. El resaltado es nuestro.

en perjuicio de Germán Escué Zapata y de los familiares que en la época de los hechos vivían en su domicilio.[26]

No debe perderse de vista que, en ese mismo caso, la Corte Interamericana subrayó también que el Estado no había investigado los hechos señalados, y que por ello se había incumplido además con el deber genérico de garantía respecto al artículo 11.2 de la Convención Americana conforme al artículo 1.1 de la misma.[27]

Finalmente, el último caso en el que la Corte Interamericana ha explorado la relación entre la vida privada y la inviolabilidad del domicilio es *Fernández Ortega y otros*. Aunque vamos a analizar dicha sentencia en la sección correspondiente a la expresión sexual, por el momento es importante subrayar que en dicho caso los representantes de las víctimas afirmaron que previamente a la violación sexual de Inés Fernández Ortega, miembros del ejército mexicano invadieron su domicilio arbitrariamente, por lo que solicitaron que se declare la violación del derecho a la vida privada contenido en el artículo 11.2 de la Convención Americana. De acuerdo con la Corte Interamericana:

> el ingreso de efectivos militares en la casa de la señora Fernández Ortega sin autorización legal ni el consentimiento de sus habitantes, *constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio familiar*. Por tanto, la Corte concluye que se violó el derecho consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Fernández Ortega [y de sus familiares].[28]

III. Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones

En 2009 la Corte Interamericana examinó por primera vez dos casos cuyo aspecto central era la presunta violación del artículo 11 de la Convención Americana. En ambas sentencias, el tema medular era la relación entre la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

En *Tristán Donoso*, la Comisión Interamericana alegó, entre otras, la responsabilidad estatal por la violación del derecho a la vida privada del abogado Santander Tristán Donoso luego de la interceptación, grabación y divulgación de la conversación telefónica que había sostenido con uno de sus clientes, y por no haber identificado y sancionado a los responsables de dichos actos. Era la primera oportunidad en que la Corte Interamericana examinaba esta temática y el tribunal no desaprovechó la oportunidad para hacer algunas precisiones en cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En la sentencia, la Corte Interamericana inició sus consideraciones sobre el artículo 11 de la Convención Americana reiterando los estándares ya establecidos en los *Casos* de las *Masacres de Ituango* y *Escué Zapata*. Pero al hablar de cómo el derecho a la vida privada cubre aspectos tales como la convivencia familiar, el domicilio y la correspondencia, el tribunal afirmaría además que, aunque "las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada".[29] Para sustentar esta afirmación, la Corte Interamericana acudió nuevamente a la jurisprudencia del TEDH.[30]

[26] *Ibidem*, párr. 96.
[27] *Ibidem*, párr. 97.
[28] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, op. cit.* 3, párr. 159. El resaltado es nuestro.
[29] Corte IDH., *Caso Tristán Donoso vs. Panamá, op. cit.* 1, párr. 55.
[30] Se mencionan así las sentencias siguientes: Eur. Court H.R., Case of Klass and others vs. Germany, Judgment of 6 September 1978, para. 29; Case of Halford vs. the United Kingdom, judgement of 27 May 1997, para. 44; Case of Amann vs. Switzerland, Judgment of 16 February 2000, para. 44; y Copland vs. the United Kingdom, Judgment of 13 March 2007, para. 41.

Pero quizás el aspecto más esencial del *Caso Tristán Donoso* consiste en la afirmación por parte del tribunal en cuanto a que la verificación de la arbitrariedad de las injerencias sobre el derecho a la vida privada deba sujetarse a la aplicación previa del *test* de proporcionalidad. En palabras de la Corte Interamericana:

> El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y [estricta] proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.[31]

Si bien la Corte Interamericana no encontró responsabilidad estatal por la interceptación y grabación de la conversación telefónica de Tristán Donoso con su cliente,[32] el tribunal concluyó que el Estado sí había realizado una injerencia en su vida privada a través de su divulgación. Al analizar este extremo, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

> La Corte considera que la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional.
>
> La divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público implicó una injerencia en la vida privada del señor Tristán Donoso.[33]

Un aspecto que no debe pasar por alto de los párrafos antes transcritos es el reconocimiento que hace el tribunal en cuanto a la especial protección que gozan las conversaciones telefónicas entre un abogado y sus clientes.

Lo que a continuación realizó la Corte Interamericana fue examinar, a la luz del *test* de proporcionalidad, si dicha injerencia resultaba arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2 de la Convención Americana. Para ello, debía examinarse si la restricción estaba prevista en la ley, si perseguía un fin legítimo y si cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.[34] En el caso, el entonces Procurador General de la Nación había realizado dos divulgaciones de la conversación telefónica en cuestión. De acuerdo con la Corte Interamericana ninguna de éstas se hizo de acuerdo al procedimiento prescrito en las leyes panameñas:

> En el presente caso, si el ex Procurador consideraba que del contenido de la grabación se desprendía que la presunta víctima y el señor Adel Zayed estaban realizando actos preparatorios de un delito, como integrante del Ministerio Público era su obligación, incluso constitucional, realizar una denuncia con el fin de que se iniciara una investigación penal, conforme a los procedimientos legales previstos. La Corte estima que poner en conocimiento una conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica porque en ella se menciona un "monseñor" no es el procedimiento previsto para prevenir las alegadas conductas delictivas. De igual manera, la divulgación de la grabación a ciertos directivos del Colegio Nacional de Abogados tampoco constituye el procedimiento que la legislación panameña establece ante una eventual falta a la ética de los abogados. En este caso, el ex Procurador debió interponer la denuncia ante el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, el cual debía revisar si los hechos denunciados se encuadraban en alguna de las faltas de ética previstas en el Código de Ética y Responsabilidad

[31] Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *op.cit.* párr. 56. Resulta interesante que, en este caso, la Corte Interamericana "traduce" la frase "necesaria en una sociedad democrática" como la exigencia del test tripartito o de ponderación entre derechos.

[32] *Ibidem*, párr. 66.

[33] *Ibidem*, párrs. 75 y 76.

[34] *Ibidem*, párr. 56 y 76.

> Profesional del Abogado. Por lo expuesto, la Corte concluye que la forma en que se realizó la divulgación de la conversación telefónica en el presente caso no estaba basada en la ley.[35]

La Corte Interamericana consideró así que la divulgación de la conversación privada ante las autoridades de la Iglesia Católica y algunos directivos del Colegio Nacional de Abogados no estaba basada en la ley panameña y que, por tanto, configuró una injerencia arbitraria que violó el derecho a la vida privada de Tristán Donoso consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana.[36]

Ese mismo año, la Corte Interamericana también emitió la sentencia *Escher y otros*. En el caso, la CIDH alegó la violación del derecho a la vida privada de las presuntas víctimas al atribuir al Estado la responsabilidad por la interceptación, grabación y divulgación de una serie de conversaciones telefónicas.

Escher y otros reafirma los estándares establecidos en *Tristán Donoso* en cuanto al artículo 11 de la Convención Americana, en especial el relacionado con la aplicación del *test* de proporcionalidad para la determinación de la arbitrariedad de las injerencias en la vida privada. Pero *Escher y otros* es particularmente importante porque realiza algunas precisiones adicionales no discutidas en *Tristán Donoso* en torno a la privacidad del ámbito de las comunicaciones telefónicas. Por ejemplo, en la decisión se afirma que la esencia de la protección de esta forma comunicativa radica en la posibilidad de exclusión de terceros del conocimiento de su contenido. De acuerdo con el tribunal:

> El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, *el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido* e incluso, *puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas,* aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. *En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.*
>
> La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. *De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada.*[37]

En *Escher y otros* la Corte Interamericana consideró demostrado que las conversaciones telefónicas de las víctimas fueron interceptadas, grabadas y divulgadas por agentes estatales pese a su carácter privado y que dichas personas no autorizaron que su contenido fuera conocido por terceros. En otras palabras, consideró que se había configurado una injerencia en sus vidas privadas.[38] A fin de examinar si la injerencia era arbitraria, el tribunal aplicó el *test de proporcionalidad* tanto para el ámbito de la interceptación y la grabación como para la temática de la divulgación de dichas conversaciones. El tribunal consideró que la interceptación, la grabación y la divulgación de las conversaciones telefónicas

---

[35] *Ibidem,* párr. 81.
[36] *Ibidem,* párr. 83.
[37] Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*, *op.cit*, párrs. 114 y 115. El resaltado es nuestro.
[38] *Ibidem,* párr. 129.

objeto del caso no cumplieron con lo previsto en la propia ley brasilera, por lo que concluyó que, al no satisfacer el "requisito de legalidad", el Estado violó el derecho a la vida privada reconocido en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas.[39]

IV. Vida privada y sexualidad

Quizás el aspecto más innovador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el artículo 11 se encuentra en la relación que se ha establecido entre la vida privada y los casos de vulneración de la libertad sexual. El tribunal tuvo la oportunidad de examinar esta visión en dos casos decididos sucesivamente en agosto de 2010 contra México: *Fernández Ortega y otros* y *Rosendo Cantú y otra.*[40]

En cada uno de estos casos, relacionado con la violación de la integridad sexual que padecieron dos mujeres indígenas por parte de agentes estatales que realizaban operativos militares en el estado de Guerrero, la Corte Interamericana tenía como principal reto el examinar la fiabilidad de las narraciones de violencia sexual teniendo en cuenta la vaguedad de las circunstancias específicas de los relatos de sus víctimas.

Una cuestión interesante a resaltar se encuentra en que, para ambos casos, la formulación de la violación del artículo 11 se encuentra desarrollada de manera conjunta a la violación del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal)[41] de la Convención Americana, de los artículos 1, 2 y 6 de la CIPST,[42] y del artículo 7 de la Convención de Belém Do Pará.[43] Aquí, nuevamente, el tribunal retorna a sus formulaciones iniciales en cuanto a la particular interdependencia de la vida privada con otros derechos humanos: en este caso, en el contexto de vulneraciones a la integridad personal que implican la falta de consentimiento.

En los dos supuestos, y antes de realizar sus consideraciones en torno a la vida privada, el tribunal ya había concluido que las víctimas sufrieron episodios de violencia sexual cometidos por agentes estatales que constituyeron actos de tortura. Ahora bien, es importante destacar que la Corte Interamericana no se había pronunciado sobre la vulneración de las disposiciones de la Convención de Belém Do Pará sino

---

[39] Id., párrs. 146 y 164. Curiosamente, para el caso de las interceptaciones, la Corte Interamericana declaró "a secas" la violación del artículo 11 de la Convención Americana; mientras que, en el caso de la divulgación de las conversaciones, prefirió más bien declarar la violación de los artículos 11.1 y 11.2 del mismo instrumento.

[40] Al respecto, conviene revisar: Zelada, Carlos J. y Ocampo Acuña, Diego A. Mauricio, "La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derecho en Libertad.* Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey Año 4 No. 9 (Julio - Diciembre 2012), pp. 162 a 166.

[41] El artículo 5 de la Convención Americana dispone, en lo pertinente, que:
1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[42] La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, inter alia: Artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención. Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Artículo 6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

[43] El artículo 7.a y b de la Convención de Belém do Pará dispone, en lo pertinente que:
Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación[, y]
b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer[.]

hasta el *Caso del Penal Miguel Castro Castro*[44], pese a que con anterioridad fueron alegados diversos actos de violencia sexual en algunos casos contenciosos (por ejemplo, los *Casos Caballero Santana y Delgado*[45] y *Loayza Tamayo*[46]). Es por lo menos curioso que, con la salvedad de dos casos venezolanos sobre libertad de expresión[47], la Corte Interamericana haya aplicado la Convención de Belém do Pará sólo respecto de actos de violencia sexual. Pero ésta era la primera vez en que además se hacía una conexión entre la vida sexual y el artículo 11 de la Convención Americana.[48]

Ahora bien, en cuanto a la relación entre la vida privada y la sexualidad, el tribunal estableció que existe un derecho a decidir libremente con quien tener relaciones sexuales. En palabras de la Corte Interamericana:

> el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte considera que la violación sexual de […] vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.[49]

Nuevamente, esta formulación toma como base la jurisprudencia del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos, pero además la del Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia.[50]

La Corte Interamericana concluyó así en ambos casos que el Estado mexicano era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención de Belém Do Pará.[51]

Un aspecto interesante de estas decisiones es que se comienza a dibujar la posibilidad de establecer una relación entre los denominados "derechos sexuales" y el artículo 11 de la Convención Americana, vistos siempre desde la perspectiva de la vida privada.

¿Podrá ésta ser una futura veta para la discusión de futuros casos relacionados con la identidad de género y la orientación sexual? Recientemente, la Corte Interamericana nos ha brindado sus primeras líneas tejiendo esta relación.

---

[44] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

[45] Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

[46] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

[47] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párrs. 274-276; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrs. 288-290.

[48] Zelada, Carlos J. y Ocampo Acuña, Diego A. Mauricio, "La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op.cit.,* 40, pp. 147-148. Cabe resaltar que el *Caso "Campo Algodenero" vs. México* constituye la primera sentencia en donde la Corte IDH declara una violación a la Convención de Belém Do Pará.

[49] Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, op. cit.,* párr. 129; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 119.

[50] Véase: ECHR, Case of Niemietz vs. Germany, Judgment of 16 December 1992, App. No. 13710/88, para. 29; Case of Peck vs. United Kingdom, Judgment of 28 January 2003, App. No. 44647/98, para. 57; ECHR, Case of M.C. vs. Bulgaria, Judgment of 4 December 2003, App. No. 39272/98, para. 150; e ICTY, Case of Mucic et. al. "Celebici Camp". Judgment of November 16, 1998. Case No. IT-96-21-T, para. 492.

[51] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, op. cit.,* párr. 131; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 121.

En el *Caso Atala Riffo e Hijas* donde se declaró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio de Karen Atala,[52] una jueza chilena a la que se le había retirado judicialmente la custodia de sus (para entonces) tres menores hijas con base en argumentos discriminatorios relacionados con su orientación sexual, el tribunal señaló lo siguiente:

> Al respecto, la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de "idoneidad, necesidad y proporcionalidad".[53]
>
> […] El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala […], se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que *la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.*[54]

Para la Corte Interamericana, la orientación sexual comporta ciertos elementos esenciales del derecho a la vida privada de los individuos. El tribunal realiza así una trascendental afirmación para la consolidación en el sistema interamericano de un marco de respeto y garantía de la expresión sexual diversa (o "no tradicional").

Previamente en la misma sentencia, la Corte Interamericana había afirmado que la orientación sexual y la identidad de género constituían categorías de discriminación "sospechosas" o prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y que, por tanto, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de dichos criterios, corresponde más bien al Estado demostrar que aquélla no constituye una forma de discriminación. En palabras del tribunal:

> la Corte Interamericana deja establecido que *la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, *sea por parte de autoridades estatales o por particulares*, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.[55]

En el caso, los tribunales chilenos, alegando la protección del interés superior de las niñas, sostuvieron que la orientación sexual y la convivencia de Karen Atala con su pareja del mismo sexo había impactado negativamente a las menores de manera tal que se justificaba que su tuición fuera entregada provisionalmente al padre. En su análisis de la sentencia, sin embargo, la Corte Interamericana encontró que el Estado nunca pudo demostrar que el fundamento de sus decisiones no se basara en consideraciones prejuiciosas que llevaran a una "exposición y escrutinio" indebidos de la orientación sexual –y por ende, de la vida privada– de la víctima.[56] En palabras del tribunal: "Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño".[57]

De acuerdo con la Corte Interamericana además, la sola referencia a dicho fin, "sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no podía

---

[52] Sobre *Caso "Atala Riffo e hijas vs. Chile"* y el derecho a la igualdad, véase también el comentario al artículo 24 de Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, el cual forma parte de esta obra.

[53] Corte IDH. *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile*, *op. cit*, párr. 165. Nuevamente debe destacarse la insistencia de la Corte Interamericana en la aplicación del test tripartito como requisito de toda intervención legítima sobre los derechos humanos.

[54] *Ibidem*, párr. 167. *El resaltado es nuestro.*

[55] *Ibidem*, párr. 91. *El resaltado es nuestro.*

[56] *Ibidem*, párr. 166.

[57] *Ibidem*, párr. 111.

servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de *poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona*".[58]

Finalmente, el tribunal sostuvo que no resultaban admisibles "las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños".[59]

Bajo este nuevo estándar, el margen de apreciación de los Estados, cuando hablamos de la orientación sexual o de cualquier categoría sospechosa o prohibida por la Convención Americana –como también lo es la identidad de género– se reduce considerablemente y requiere entonces de la aplicación de un escrutinio altamente estricto por parte de la judicatura, es decir, de un *test* de proporcionalidad que examine la "necesidad imperiosa" de realizar tal distinción.

En esta misma línea, estamos convencidos que la vida privada incluye además el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la identidad del individuo, como por ejemplo, su sexualidad. Así, la vida privada, y por ende, el artículo 11.2 de la Convención Americana, garantizarían también que los individuos tengan la posibilidad de establecer relaciones públicas respecto de tales autodeterminaciones, las mismas que no pueden –ni deben– quedar confinadas al espacio o esfera íntima.

La consecuencia práctica de esta nueva dimensión obliga a rechazar no sólo las normas que penalizan o patologizan la sexualidad diversa –por ejemplo, la conducta homosexual o la transgeneridad– sino que además garantiza el respeto de las expresiones públicas de afecto de las personas al margen de su orientación sexual e identidad de género. No cabe en realidad otra interpretación si tomamos en cuenta, además, que el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas en el marco de la Convención Americana, tiene como objetivo el poder garantizar que éstas puedan expresarse externamente, como parte del proyecto de vida de todo ser humano.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha sostenido que, en el marco del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, constituyen discursos "especialmente protegidos" las expresiones de los elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad, tales como la sexualidad, y más específicamente, la orientación sexual y la identidad de género. Y si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, estos "discursos" reciben una protección especial por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En palabras de la Comisión IDH:

> [P]or su estrecha relación con la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, en esta categoría de discursos especialmente protegidos se encuentran aquellos que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género. A este respecto, cabe recordar que la Resolución 2435/08 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, marcó un hito a nivel internacional en la materia.[60]

Tampoco debe olvidarse que la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, dado que así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática.[61] En este sentido, se ha señalado la especial importancia

[58] *Ibidem,* párr. 110. *El resaltado es nuestro.*
[59] *Ibidem,* párr. 111.
[60] CIDH. Informe Anual 2008. Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Cap. III, párrs. 48 y 51.
[61] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de julio de

que tiene proteger la libertad de expresión "en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría", enfatizándose que las restricciones a la libertad de expresión "no deben 'perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia".[62]

Por otra parte, no debe pasarse por alto que cuando se analizaron los ilícitos cometidos por el Estado respecto al proceso de tuición en el *Caso Atala e Hijas*, la Corte Interamericana decidió analizar y declarar en una misma sección las vulneraciones de la Convención Americana respecto al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos de la niñez y el derecho a ser oído en el proceso judicial de tuición. Es decir, una misma serie de hechos se miró interconectadamente desde la óptica esencial de la igualdad y la no discriminación por orientación sexual teniendo como base la vulneración de una serie de derechos fundamentales conexos consagrados en el mismo instrumento (como el derecho a la vida privada), y sin cuya adecuada comprensión la vulneración principal hubiera carecido de sentido.

En el mismo caso, el Poder Judicial chileno también había iniciado una investigación disciplinaria en contra de Karen Atala, en el que se indagó respecto de la orientación sexual de la jueza con el objeto de proteger la "imagen" de dicha institución.[63] En la línea de su anterior razonamiento, el tribunal afirmaría que "la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual".[64]

Un último aspecto a destacar en cuanto al alcance de esta decisión es la interacción que el tribunal propone entre el derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.[65] Para el tribunal, lo ocurrido como resultado de las decisiones de las cortes chilenas en el juicio por tuición acarreó la separación indebida de la familia que habían constituido Karen Atala, su pareja y las niñas. Ello, para el tribunal, configuró a su vez otra interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas. En palabras de la Corte Interamericana: "la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello puede tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención".[66]

Quién sabe, la utilización del artículo 11 de la mano de los artículos 17 y 24 –y también del artículo 13– de la Convención Americana pueda convertirse en el inicio de formulaciones mucho más avanzadas relacionadas a favor de grupos históricamente discriminados, muy al estilo del sistema regional europeo.

V. ¿Y dónde quedan la honra y la reputación?

La Corte Interamericana no se ha referido con demasiada amplitud a la faceta del derecho a la honra y a la reputación, la cual, como señalamos al inicio, también se encuentra en el artículo 11 de la Convención Americana. Desde el *Caso Gómez Paquiyauri* la Corte Interamericana solamente ha vuelto a referirse, incidentalmente, a esta dimensión en dos *Casos: Tristán Donoso* y *Manuel Cepeda Vargas*.

2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte IDH. *Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69.

62 CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III: La Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los estados miembros de la OEA.

63 *Ibidem*, párr. 221.

64 *Ibid.*

65 Sobre derecho de protección a la familia en relación con este caso, véase también el comentario al artículo 17 de Mary Beloff en esta obra.

66 *Ibidem*, párr. 175.

Una precisión importante hecha por el tribunal, presente en *Tristán Donoso*, y repetida luego en posteriores casos, es el reconocimiento de que el artículo 11 de la Convención Americana implica que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra" y que, por tanto, se encuentra prohibido "todo ataque ilegal contra la honra o reputación".[67] La decisión en *Tristán Donoso* señala además que debe diferenciarse que, en "términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona".[68]

En efecto, en *Tristán Donoso* los representantes de la víctima habían alegado la presunta violación del derecho a la honra, en virtud de las declaraciones del ex Procurador cuando se produjo la divulgación de la conversación telefónica ante las autoridades eclesiásticas y el Colegio Nacional de Abogados. De acuerdo con el tribunal, las expresiones del ex Procurador:

> pueden considerarse como una afectación a la honra y reputación incompatible con la Convención en perjuicio del señor Tristán Donoso, toda vez que la calificación de las expresiones contenidas en el casete como "un plan de difamación", o como "una confabulación en contra de la cabeza del Ministerio Público" por parte de la máxima autoridad del órgano encargado de perseguir los delitos, ante dos auditorios relevantes para la vida de la presunta víctima, implicaban la participación de ésta en una actividad ilícita con el consecuente menoscabo en su honra y reputación. La opinión que las autoridades de la Iglesia Católica y del Colegio Nacional de Abogados tuvieran sobre la valía y actuación de la presunta víctima necesariamente incidía en su honra y reputación.[69]

Y en efecto, un párrafo más adelante, el tribunal declararía que el Estado también era igualmente responsable por la violación del derecho a la honra y reputación consagrado en el artículo 11.1 de la Convención Americana en perjuicio de Tristán Donoso.[70]

Pero el caso más reciente donde se aborda el derecho a la honra y a la reputación es *Manuel Cepeda Vargas*. En la sentencia, relacionada con la ejecución extrajudicial del senador Manuel Cepeda Vargas, líder de la Dirección Nacional del Partido Comunista Colombiano y figura del partido político Unión Patriótica, la Corte Interamericana realiza una formulación conjunta del artículo 11.1 de la Convención Americana en función a una serie de alegatos sobre la libertad de expresión, la libertad de asociación y los derechos políticos.

En el caso, a pesar de que el Estado ya había reconocido su responsabilidad internacional por la violación del derecho a la honra y la dignidad en perjuicio de Manuel Cepeda Vargas,[71] el tribunal no perdió la oportunidad de señalar que había constatado "que funcionarios públicos formularon declaraciones sobre la supuesta vinculación de la UP [Unión Patriótica] con las FARC [Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia]".[72]

---

67 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá, op. cit.*, párr. 57.

68 *Ibid.*

69 *Ibidem*, párr. 82.

70 *Ibidem*, párr. 83.

71 En el caso, además del derecho a la honra, el reconocimiento de responsabilidad internacional colombiano alcanzaba también la vulneración de la dimensión individual de los derechos políticos (artículo 23) y de la libertad de expresión (artículo 13). Curiosamente, la controversia subsistía en torno a la alegada vulneración de la dimensión social de dichos derechos. Esta misma estrategia de defensa –separando las dimensiones individual y colectiva de ciertos derechos para efectos del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional- ha sido seguida por el Estado colombiano, con escaso éxito, en litigios más recientes, como el del *Caso Vélez Restrepo y Familiares*. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párrs. 13-19.

72 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia,* supra nota 12, párr. 170. Esta constatación era clave dado que el Estado había controvertido "la existencia de presuntas declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado que hubieren vulnerado el derecho a la honra del Senador Cepeda". Id., párr. 19.
Ahora bien, en el mismo párr. 170, la Corte Interamericana hace referencia a la siguiente aseveración vertida previamente en los párrs. 85 y 86 de la sentencia:
Entre 1987 y 1993 destacados funcionarios públicos emitieron declaraciones que vincularon a la UP y al PCC con las

En opinión de la defensa colombiana, al reconocer la protección de la honra y de la dignidad del señor Cepeda Vargas, "lo hacía por no haberlo protegido de amenazas relacionadas con las expresiones de diversas personas, organizaciones y funcionarios públicos, de las cuales […] [no era] responsable".[73] La intención del Estado era buscar que el tribunal ingresase a ponderar el derecho a la honra de Manuel Cepeda con la libertad de expresión de quienes habían proferido las amenazas en su contra. La Corte Interamericana rechazó tajantemente el alegato y señaló, "en relación con la falta de prevención respecto del derecho a la vida, que los funcionarios públicos no podían desconocer, con sus declaraciones, los derechos del Senador Cepeda Vargas de los que eran garantes, por lo que no correspond[ía] ponderar su derecho a la honra y dignidad con la libertad de expresión de otros funcionarios o de otros sectores de la sociedad, como lo proponía el Estado".[74]

Asimismo, y en cuanto a la honra y la reputación de los familiares de Manuel Cepeda Vargas, la Corte Interamericana realizó una interesantísima formulación conjunta, esta vez desde el derecho a la integridad personal. La Comisión Interamericana había solicitado al tribunal que declare al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares de Manuel Cepeda Vargas dada una serie de declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado que constituyeron "actos de estigmatización".[75] A su vez, los representantes de las víctimas estimaron que tales declaraciones "fueron particularmente graves, ya que además de fomentar el odio, el desprecio público, y la persecución, tuvieron y tienen el efecto de incitar la violencia contra la víctima y sus familiares".[76] En palabras del tribunal:

> es razonable considerar, en primer lugar, que la desprotección ocasionada al Senador Cepeda Vargas, en el contexto en que fue vinculado con las FARC ha repercutido también en sus familiares, afectando su honra, dado que el estigma social y las acusaciones públicas contra aquél se extendieron también a la familia, especialmente después de su ejecución. En particular, afectaron al señor Iván Cepeda Castro, "formando parte del contexto de amenazas y problemas de seguridad que sigue sufriendo, y que provienen tanto de las acusaciones por su trabajo en memoria de su padre o por su papel en la investigación del caso, como por ser en la actualidad un referente de la lucha por los derechos humanos en Colombia".
>
> En segundo término, la alegada violación al artículo 11 se basa en […] un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez desde mediados del mes de abril de 2006 […].

FARC, grupo que a su vez era relacionado con actividades ilegales. Más allá de que en esas declaraciones no se haga referencia específica o directa al Senador Cepeda Vargas, en una época en que la UP y el PCC [Partido Comunista Colombiano] eran considerados como "enemigo interno" en virtud de la doctrina de "seguridad nacional", tales pronunciamientos colocaron a los miembros de la UP en una posición de mayor vulnerabilidad y aumentaron el nivel de riesgo en que ya se encontraban.

De tal manera, frente a los hostigamientos y amenazas que sufría el Senador Cepeda por su vinculación con esos partidos políticos, en su carácter personal y en conjunto con otros militantes y dirigentes, las manifestaciones de esos agentes estatales no sólo se expresaron como una conducta de tolerancia, sino que además pudieron contribuir a acentuar o exacerbar situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de funcionarios públicos u otros sectores de la población hacia las personas vinculadas con la UP y, por ende, hacia el Senador Cepeda.

Lo anterior se complementa con lo afirmado posteriormente por el tribunal en el párr. 125:

De tal manera, los agentes estatales no sólo faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos del Senador Cepeda Vargas, reconocidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, sino que utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones. En vez de que las instituciones, mecanismos y poderes del Estado funcionaran como garantía de prevención y protección de la víctima contra el accionar criminal de sus agentes, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, lo que se ha visto favorecido por situaciones de impunidad de esas graves violaciones […].

[73] *Ibidem*, párr. 170.

[74] *Ibid.*

[75] *Ibidem*, párr. 203.

[76] *Ibid*.

> […] Esta Corte considera que la situación de estigmatización que recae sobre los familiares del Senador Cepeda Vargas los ha expuesto a continuar recibiendo hostigamientos y amenazas en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos. Estas circunstancias se han visto exacerbadas aún más por el largo tiempo transcurrido, sin que se hayan esclarecido todas las responsabilidades sobre los hechos.[77]

A partir de estas –todavía escasas– decisiones, pareciera que, al analizar la honra y la buena reputación, el tribunal viene interpretando esta faceta del artículo 11 siguiendo la doctrina tradicional desarrollada por algunos estudiosos del derecho penal en torno al bien jurídico denominado como "honor".[78]

VI. A manera de conclusión

Las rutas transitadas por la Corte Interamericana a lo largo de estos años en torno al artículo 11 de la Convención Americana vienen siendo cada vez más sugerentes. Como hemos reseñado en estas líneas, al inicio el tribunal se conformó con resolver –sin mayores aspavientos– que las injerencias en la vida privada eran arbitrarias y que, por tanto, eran contrarias a la Convención Americana. El tiempo avanzó, y los casos sobre inviolabilidad de las comunicaciones permitieron incorporar el *test* de proporcionalidad como mecanismo de verificación de la arbitrariedad de las injerencias en la intimidad.

Quizás el aspecto más desafiante que ofrece ahora el artículo 11 es su potencial aplicación para la reinterpretación de la sexualidad de los individuos. La decisión en *Atala Riffo e Hijas* abre un sin número de posibilidades para que la expresión sexual diversa, entendida desde la orientación sexual y la identidad de género, pueda tener un espacio legítimo en la esfera pública y no solamente detrás de las puertas de una habitación. En el fondo, la Corte Interamericana viene realizando una suerte de "sexualización positiva" del artículo 11 de la Convención Americana para explorar, desde los derechos humanos, esas otras dimensiones de la expresión sexual, lejanas de la heteronormatividad compulsiva y de una rígida imposición de las políticas sexuales.[79]

La protección de la honra y de la reputación no han quedado olvidadas del marco jurisprudencial de la Corte Interamericana pero, sin duda, las formulaciones en torno a su alcance han sido bastante

---

[77] *Ibidem*, párrs. 204, 205 y 209. Asimismo, en los párrs. 206 a 208, la Corte Interamericana apuntó que:

> En cuanto al primer hecho, la Corte verifica que el mismo consta en la demanda, al indicarse que fue la propia Corte Constitucional de Colombia, que emitió el 20 de noviembre de 2006 la Sentencia T-959, la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la violencia política del país y que los mencionados derechos también se han violado a sus familiares.
>
> En dicha decisión, la Corte Constitucional de Colombia procedió a analizar el contenido del mensaje emitido por los medios de comunicación como parte de la campaña por la reelección del Presidente Álvaro Uribe, indicando que "una simple lectura del 'testimonial' es suficiente para distinguir entre las afirmaciones [que corresponden a hechos], y otras afirmaciones que expresan una calificación o juicio ético acerca de los hechos referidos". Dicha Corte concluyó que "al sindicar a una persona o a un grupo de personas de matar a civiles y de hacerle daño a los demás, sin aportar el acervo probatorio que justifique afirmaciones de esa magnitud, se traspasan los límites de la libertad de expresión, pues no resulta razonable entender cobijadas tales manifestaciones en el ámbito de protección de la libertad de expresión, por más amplio que éste sea". Finalmente en dicha sentencia la Corte Constitucional ordenó al gerente de la campaña de reelección del Presidente que, a través de un comunicado, "de manera explícita y pública exprese que esta campaña incurrió en error al difundir, como parte de su estrategia publicitaria, un mensaje cuyo contenido no fue comprobado, no obstante que incluía afirmaciones lesivas del buen nombre y de la honra del señor Iván Cepeda Castro y de sus familiares".
>
> Este Tribunal ha analizado la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la violación del derecho a la honra y la dignidad del señor Iván Cepeda Castro y sus familiares por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno. En esos términos, la Corte declara la violación correspondiente.

[78] Un estudio más detallado de estas posturas se encuentra en: BERTONI, Eduardo. Libertad de expresión en el Estado de Derecho. 2ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto: 2008, Capítulo III.

[79] Sobre el concepto de "heteronormatividad" conviene revisar: PRECIADO, Beatriz. Multitudes Queer: Notes pour une politique des "anormaux". En: Multitudes No. 12. Revue politique, artistique et philosophique (Printemps 2003).

marginales cuando se les compara con la utilización más constante (y dinámica) del marco de la vida privada en sus pronunciamientos.

Finalmente, las situaciones en las que la libertad de expresión confronta al derecho a la vida privada de las personas han sido tratadas muy recientemente por el tribunal. El único antecedente es la reciente sentencia en el *Caso Fontevecchia y D'Amico*, cuyo análisis más detallado realizaremos, por razones metodológicas, en nuestro comentario al artículo 13 de la Convención Americana, que también forma parte de esta obra.[80]

[80] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*, *op.cit.*, 4. Esta sentencia se origina en el caso 12.524 que en diciembre de 2010 la CIDH remitió a la Corte Interamericana. CIDH. Informe 82/10, Caso 12.524, Fondo (Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico Vs. Argentina), 13 de julio de 2010.
El aspecto central del caso versa sobre la condena civil impuesta por los tribunales argentinos a dos periodistas luego de la publicación de unos artículos relacionados con el entonces Presidente de la República, y que presuntamente violaron su derecho a la intimidad.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Jurisprudencia y decisiones más relevantes

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".*Opinión Consultiva OC-6/86 de 09 de mayo de 1986.

Corte IDH. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Cantos Vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte IDH. *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105

Corte IDH. "*Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No.112.

Corte IDH. *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Caso 2137, Testigos de Jehová contra Argentina, 18 de noviembre de 1978. Informe Anual CIDH. 1979-1980 - Capítulo V Paraguay.

CIDH. Informe de País - Argentina 1980 - Capitulo X, párrafo 4.

CIDH. Informe Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela.

CIDH. Informe de País, Cuba 1983, Capítulo VII.

CIDH. Informe n° 75/02, caso 11.140, fondo, Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos, de 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe nº 40/04, caso 12.053, fondo, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice, del 12 de octubre 2004.

CIDH. Caso 12.219, informe No.43/05, fondo, Cristian Daniel Sahli Vera y otros contra Chile, 10 de marzo de 2005.

CIDH. Informe No.105/09, caso 592-07, admisibilidad, Grupo de Tratado Hul'qumi'num contra Canadá, del 30 de octubre de 2009.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Observación General No. 22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Organización de Estados Americanos

ACTA DE LA OCTAVA SESIÓN DE LA COMISIÓN I (VERSIÓN RESUMIDA). Doc.48, 15 de noviembre de 1969. En: CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.K/XVI/1.2.

ACTA DE LA SEGUNDA SESIÓN PLENARIA (Resumida). Doc.86, 22 de noviembre de1969.

Doc.7, 26 de septiembre de 1969. En: CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.K/XVI/1.2.

INFORME DEL RELATOR DE LA COMISIÓN I, "Materia de Protección". Doc.60 Corr.,

19 de noviembre de 1969. En: CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Artículos y publicaciones académicas

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights*, en: YEE, Sienho & MORIN, Jean-Yvan. *Multiculturalism and international law*, (eds.), Leiden, Brill, 2009.

COMBALÍA, Zoila. *Los límites del derecho de libertad religiosa,* en el *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona (1994).

HENNEBEL, Ludovic. *La protection de «l'intégrité spirituelle» des indigènes: réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005*. Revue trimestrielle des droits de l'homme, 17e année, n° 66 (1er avril 2006).

HERVADA, Javier. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA, Pamplona, 1993. IBÁN, Ivan C. y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico.* Edit. Tecnos, Madrid, 1990.

HUACO, Marco. *Derecho de la religión.* Fondo Editorial de la Universidad de San Marcos y Universidad Peruana Unión, Lima, 2005.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza.* Editorial Comares, Granada, 2002, p. 128 y siguientes.

LOPEZ ALARCÓN, Manuel. *La Asistencia Religiosa.* En: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994.

LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho de la Libertad de Conciencia I*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. *El derecho a la formación de conciencia en el ordenamiento jurídico internacional.* Ponencia presentada en el Congreso Latinoamericano sobre libertad religiosa, PUCP, Lima, 2000.

NAVARRO VALLS, Rafael; PALOMINO, Rafael. *Las objeciones de conciencia.* En: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994.

NOWAK, Manfred. *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary.* 2nd revised edition. N.P.Engel Publisher (2005).

VILADRICH, Pedro. *Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución*. En: Ius Canonicum, Vol. XXII, No.43, 1982.

Índice

I. Introducción

La cuestión de la libertad religiosa es sin duda alguna –en sociedades que aspiran a una plena democracia– la piedra de toque fundamental que contribuye a la conservación de la paz y estabilidad aún en medio del dinamismo naturalmente desestabilizador y problemático de las transformaciones sociales, las mismas que ocurren inclusive en sociedades tradicionales como son la mayoría de países en las Américas. En dicho ámbito, para millones de personas la religión ocupa un lugar central y es factor legitimador de diversas instituciones de su vida cotidiana no obstante la progresiva secularización social y la gradual laicización del Estado. Asimismo, cada vez con mayor intensidad se asiste a la pluralización del campo religioso allí donde antes existía una religión hegemónica y también a la creciente incursión de actores religiosos en actividades políticas y en funciones de Estado. Con ello, el debate sobre el derecho de libertad religiosa se replantea bajo nuevos matices en los que el Estado y sus ordenamientos jurídicos se enfrentan al desafío de adoptar nuevas regulaciones legales, instituciones y políticas públicas ante el fenómeno religioso en ebullición. Frente a ello, se observa que si bien es cierto que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha tenido en sus primeras décadas de existencia demasiadas oportunidades para pronunciarse sobre asuntos con implicancias religiosas, tal situación está cambiando a la luz de recientes casos bajo análisis por la Comisión y la Corte Interamericanas.

II. Antecedentes históricos

La religión ha sido objeto de estudio científico desde el quehacer de varias ciencias sociales como la historia, la sociología, la antropología y de ciencias humanas como la filosofía, la ética y la jurídica. Desde el ángulo del derecho estatal, ella reguló en un primer momento histórico las relaciones institucionales entre la comunidad política y la religiosa y en un segundo momento, el moderno, pasó a regular también el ejercicio de la libertad individual en asuntos de conciencia y de religión.

Es así que la libertad de religión y de conciencia se ha desarrollado normativamente a partir de la histórica Declaración de Derechos de Virginia de 1776,[1] la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789[2] y pasando por las modernas declaraciones de derechos como la DADDH, la DUDH, el PIDCP, el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

Históricamente nombrada como *libertad de conciencia* y también como *libertad de culto*, la libertad religiosa ha sido reconocida por la Corte Interamericana como uno de los "cimientos de la sociedad democrática"[3] y por la doctrina jurídica especializada como "la primera de las libertades"[4] dada su importancia histórica y política tanto en el proceso de constitución de los Estados nación modernos en la independización de los poderes absolutos de carácter político-religioso como en la configuración de las libertades individuales características de la modernidad.

III. El corpus iuris internacional de la libertad de religión

La Corte IDH ha puntualizado en su Opinión Consultiva OC-16/1999 que:

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).[5]

En los siguientes apartados presentaremos las normas existentes en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos en particular (3) y luego en aquellos del derecho internacional de los derechos humanos en general (4) que abordan asuntos relativos a la religión y la conciencia.

1. El marco normativo interamericano

La DADDH valoró positivamente la dimensión espiritual del ser humano en su Preámbulo[6] y luego proclamó el derecho de libertad religiosa en su artículo III[7]. Tener en cuenta dicha valoración resulta importante desde que impide inferir que el orden interamericano sea ajeno, indiferente u hostil a la espiritualidad de sus pueblos. Precisamente, por estar dirigido a proteger a la persona como fin supremo es que el ordenamiento interamericano de los derechos humanos reconocerá libertades y derechos y establecerá limitaciones a su ejercicio, a fin de permitir el desarrollo de diferentes ideologías, concepciones y convicciones en un marco de coexistencia pacífica en el que cada quien busca su propia felicidad. Dentro de ese proyecto, la religión es considerada como un elemento positivo que es apreciado por el Sistema Interamericano.

Ahora bien, la CADH proclamó la libertad de religión bajo la estructura de afirmar primeramente la dimensión positiva de dicha libertad en el inciso primero del artículo 12, de describir su dimensión

---

1 Su artículo 16 señala que "la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia".

2 El artículo 10 de esta Declaración afirma que "nadie debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley".

3 Corte IDH. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, p.79.

4 JEMOLO, Carlo Arturo. *I problemi pratici della libertà*. Milano, 1961. Citado por VILADRICH, Pedro. *Los principios informadores del derecho eclesiástico español*. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. EUNSA, Pamplona, 1980, pág.263.

5 Párr. 115.

6 "Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría".

7 "Artículo III. Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado".

negativa en el inciso segundo, de enumerar las limitaciones a su ejercicio para finalmente consagrar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones.

Pero no es el único artículo de la Convención Americana que aborda el tema religioso con relevancia jurídica. También existen otras disposiciones en sus artículos 1º y 27º inciso 1 (no discriminación religiosa), 13º (prohibición del discurso de odio religioso), 16º (libertad de asociación religiosa), 22º (*non-refoulement* en caso de riesgo de violación a la libertad religiosa) y 27º inciso 2 (no suspensión de la libertad religiosa en situaciones de emergencia).

Por otro lado, la CADH no es el único instrumento interamericano en atender la materia. Existen otros instrumentos regionales que contienen normas sobre el derecho de libertad religiosa como la propia Carta de la OEAal referirse al derecho de la persona al desarrollo espiritual, en evidente eco de la Declaración Americana (que por lo demás fue sancionada en la misma Conferencia internacional),[8] el Protocolo de San Salvador el cual incluye una disposición sobre no discriminación religiosa (artículo 3º) y referencias al necesario respeto del pluralismo ideológico, la tolerancia y la participación en la sociedad pluralista en el ámbito educativo (artículo 13º),[9] la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) prevé una norma sobre libertad religiosa (artículo 4º) y otra sobre la no discriminación religiosa (artículo 6º),[10] y lo propio hace la Carta Democrática Interamericana que relieva el respeto a la diversidad religiosa como valor que consolida la democracia y la ciudadanía.[11] Finalmente también debe considerarse a la resolución sobre "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" el cual es el único instrumento interamericano de *soft law* que más se ha extendido en la consideración de la libertad de religión al proponer los principios de no discriminación religiosa (principio II) y de respeto a la identidad religiosa en la recepción de alimentos y vestido (principios XI y XII) así como una definición de libertad de religión (principio XV) y del derecho a participar en actividades religiosas (principio XXII).[12] Todos estas normas deben

[8] "Artículo 45: Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:
a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica".

[9] "Artículo 3: Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".
"Artículo 13: Derecho a la Educación. (…) 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz".

[10] "Artículo 4 Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (…)
i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley",
"Artículo 6 El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación".

[11] "Artículo 9 La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana".

[12] "Principio II. Igualdad y no discriminación. (…) Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género,

considerarse en un análisis global de la posición del sistema interamericano ante el hecho religioso, lo cual excede el marco de la presente contribución centrada exclusivamente en el comentario del artículo 12 de la Convención.

2. La normatividad internacional

En cuanto al sistema universal de derechos humanos el reconocimiento de la libertad de religión se recoge en primer lugar en la paradigmática DUDH que la proclamó al lado de la libertad pensamiento y de conciencia.[13] Lo propio hizo el PIDCP en 1966[14] y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981.[15]

orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad".

"Principio XI. Alimentación y agua potable. 1. Alimentación Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley".

"Principio XII. 3. Vestido El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes".

"Principio XV. Libertad de conciencia y religión. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, que incluye el derecho de profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; el derecho de participar en actividades religiosas y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales. En los lugares de privación de libertad se reconocerá la diversidad y la pluralidad religiosa y espiritual, y se respetarán los límites estrictamente necesarios para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos".

"Principio XXII. 5. Competencia disciplinaria. No se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia, sin perjuicio de que puedan participar en actividades educativas, religiosas, deportivas u otras similares, con participación de la comunidad, de organizaciones no gubernamentales y de otras instituciones privadas".

[13] "Artículo 18.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

[14] "Artículo 18.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

[15] "Artículo 1.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

En cuanto a otros sistemas regionales de derechos humanos, el CEDH reconoce a la libertad religiosa en su vertiente positiva y a su vez enumera sus limitaciones;[16] la declara pero no alcanza a definirla[17] y la segunda versión de la Carta Árabe de Derechos Humanos aprobada por la Liga Árabe en 2004, si bien perteneciente a un sistema en incipiente construcción, realiza una importante descripción de su contenido.[18]

IV. Definición de libertad de conciencia y de religión

En nuestra opinión, la libertad de religión es la libertad de profesar o no profesar una religión, entendida ésta como la relación del hombre con lo divino (no necesariamente con un dios personal, sino con *lo divino* que es una relación con la trascendencia) de la cual se desprenden determinadas convicciones éticas, opiniones, creencias y observancias religiosas las cuales se exteriorizan positivamente a través de la libre manifestación individual o colectiva, pública o privada, a través de diversas concreciones particulares. El bien protegido de dicha libertad no es precisamente la religión sino la libertad humana ejercida en sentido religioso, la cual merece protección y promoción para su pleno goce y ejercicio.

1. Ámbito: lo religioso

La dificultad en definir la "religión" es reconocida unánimemente tanto en la ciencia jurídica como fuera de ella. Antropólogos, filósofos, sociólogos, juristas, políticos, teólogos y psicólogos no se ponen de acuerdo en un concepto común al respecto y eso es aún más cierto cuando se trata de establecer distinciones con otros conceptos cercanos tales como "magia", "espiritualidad", etc.. En no poco grado la dificultad procede de la confusión sobre la relación entre la religión y otras expresiones metafísicas

---

"Artículo 6
De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 3 del artículo 1, el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular las libertades siguientes:
a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para estos fines.
b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas.
c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción.
d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas.
e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines.
f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones.
g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción.
h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción.
i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional".

[16] "Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

[17] "Artículo 8.- La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades".

[18] "Artículo 30.- a) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de creencia y de religión, la cual no puede ser objeto de ninguna restricción no prevista por la ley;
b) La libertad de manifestar su religión o sus convicciones o de practicar individualmente o colectivamente los ritos de su religión no pueden ser objeto más que de restricciones previstas en la ley y que sean necesarias en una sociedad tolerante, respetuosa de las libertades y de los derechos humanos para la protección de la seguridad pública, el orden público, la salud pública o la moralidad pública, o las libertades y derechos de otros;
c) Los padres o tutores aseguran libremente la educación religiosa y moral de sus hijos".

tales como las espiritualidades indígenas, el esoterismo, el gnosticismo, la magia, etc. Naturalmente el Estado no tiene competencia para convertirse en un "súper teólogo" y definir ante sí qué le parece religioso y qué no, pero sí en cambio puede y debe acometer tal tarea a través de la vía de la definición negativa de lo que constituye "religión" a efectos normativos, por supuesto con la debida limitación legal de su potestad calificadora. En este campo no existen soluciones perfectas pero sí progresivamente perfectibles.

Estas dificultades para definir lo religioso tienen consecuencias negativas en los ordenamientos jurídicos nacionales los que deben afrontar el desafío de diseñar regímenes constitucionales y legales específicos a entidades y personas religiosas, para lo cual se encuentran obligados a circunscribir previamente el ámbito de aplicación de esos regímenes.[19] Sin embargo, en nuestra opinión tales apremios no son relevantes para el sistema interamericano de derechos humanos ya que el sistema no tiene como objeto regular el fenómeno religioso con relevancia jurídica –lo que sí es tarea de los Estados partes– sino simplemente el controlar el respeto del principio de no discriminación e igualdad de todas las creencias, religiosas o no, y en particular el del derecho humano a la libertad de religión y de conciencia. En ese sentido, tampoco es necesario para el sistema interamericano diferenciar conceptualmente entre conciencia y religión dado que ambos son formulados conjuntamente como una sola libertad. En cambio para muchos de sus Estados partes dicha distinción será necesaria desde que ellos reconocen a las organizaciones religiosas un estatuto jurídico distinto al del resto de organizaciones civiles con idearios no religiosos (incluyendo por ejemplo, beneficios tributarios especiales). Por tanto ni la Convención Americana ni los órganos que promueven su cumplimiento se han preocupado en definir un concepto operativo de "religión" o de "fines religiosos": siendo que "conciencia" y "religión" son ámbitos protegidos en plano de igualdad por la Convención, resulta irrelevante entrar a la tarea de distinguirlas si sus estatutos jurídicos son idénticos.

En efecto, para la Convención Americana es claro que la libertad de religión y de conciencia constituyen una sola libertad con dos ámbitos: el religioso y el no religioso. Ello viene confirmado por una afirmación de la Corte Interamericana en el único caso en el que tuvo ocasión de pronunciarse sobre una alegación de violación a la libertad de religión,[20] ocasión en la que aludió a un solo derecho con dos dimensiones, una de ellas religiosa:

> Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. *En su dimensión religiosa*, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.[21]

La posición de la Convención sigue en esto a los demás instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos en los que reina una cierta confusión terminológica[22] ya que en ellos se sugiere la

---

[19] Así por ejemplo, en nuestro orbe tienen leyes de diferentes épocas sobre libertad religiosa, organizaciones religiosas y relaciones Iglesias-Estado el Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Brasil, México, etc. En otros países como Argentina y Bolivia leyes de dicha naturaleza están en fase formativa.

[20] Que no es lo mismo que decir que sea el único caso en el que la Corte se pronunció sobre la libertad de religión, pues lo hizo en otros dos Casos: *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemal*a. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No.105 y *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. En realidad, en el Caso la Última Tentación de Cristo la Comisión alegó una violación de la libertad de religión y de conciencia pero la Corte Interamericana denegó dicha alegación sosteniendo que no se había probado. En todo caso sí juzgó que habíase producido una violación a la libertad de expresión, no a la de religión.

[21] Corte IDH. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 79 (enfatizado nuestro).

[22] La DUDH proclamó el derecho a la "libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" englobando en número singular tanto la palabra "derecho" como "libertad" y estableciendo además una clara dicotomía entre "religión" y "creencia". Lo propio hizo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos al enunciar igualmente en singular a la "libertad de conciencia y de religión" y al diferenciar "religión" y "creencias".
En esta misma línea, el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (Helsinki, 1º de agosto de 1975) enunció en singular a la "libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia" pero introdujo una cuarta

existencia de tres libertades autónomas a pesar de ser planteadas como si formasen una sola: la libertad de religión, la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento. En dichos instrumentos y tratados se sugiere que la libertad de pensamiento tiene como ámbito las "creencias" (entendidas como creencias de tipo secular), la libertad de conciencia las "convicciones" (aquellas de carácter ético no religioso) y la libertad religiosa contendría entonces a "la religión" la cual abarcaría creencias religiosas y convicciones ético-religiosas. A nuestro juicio, aunque en apariencia artificiosa por distinguir manifestaciones del espíritu difícilmente separables, esta posición sería la que ayudaría mejor para orientarnos y mantener la coherencia conceptual de las definiciones jurídicas internacionales. Al parecer, éste sería también el razonamiento planteado por el Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo en su voto razonado en el caso "Última Tentación de Cristo":

> Hay que tener presente, al respecto, que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión. No es otro el sentido del numeral 2 del mencionado artículo 12, cuando establece, en lo pertinente, que "[n] adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de [...] cambiar de religión o de creencias.[23]

En dicho caso, la Corte Interamericana no encontró violación a la libertad religiosa por no haberse probado debidamente que las creencias o prácticas religiosas de alguien hubieran sido afectadas por la censura de dicha película cinematográfica. Determinó en cambio que había habido una violación a la libertad de expresión.[24] Diversos juristas españoles especializados en el derecho de libertad religiosa comparten criterio conceptual similar.[25]

---

expresión, "la libertad de creencia" a la que equiparó con la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia en las que inicialmente parecía incluirse. Asimismo, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones enfatizó reiteradamente una nítida distinción entre "religión" y "convicciones" en sus artículos 1º y 6º, haciendo lo mismo que el Acta Final de Helsinki con la diferencia de que la cuarta libertad agregada no es llamada "libertad de creencia" sino "libertad de convicciones"… Finalmente –citada aquí por ser una valiosa experiencia de integración jurídica internacional- cabe mencionar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea la cual sigue el patrón de la DUDH en su reconocimiento de las libertades estudiadas. Pero puede obtenerse de todo ello un común denominador: todas las nuevas expresiones introducidas marcan distancia con la religión la que permanece como término bien singularizado.

A diferencia de lo que sucede en muchas Constituciones nacionales en las que los términos "creencias" o "convicciones" se intercambian y asocian conceptualmente a la religión, en los textos internacionales el uso de los conceptos "creencias" y "convicciones" no está vinculado a las creencias o convicciones religiosas sino todo lo contrario, a las no religiosas, como se constata de las siguientes expresiones dicotómicas: "libertad de manifestar su religión o sus convicciones", "libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección", "libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias", "libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección". Así pues, de los textos internacionales de derechos humanos se concluye inequívocamente que la religión es distinguida claramente de las convicciones, creencias, pensamientos y la conciencia, por lo que la libertad religiosa sería aquella libertad ejercida en referencia a las opciones de fe y no a las escuelas filosóficas, convicciones éticas y demás opciones ideológicas.

Así entonces, las creencias y convicciones no pertenecerían al ámbito de la libertad religiosa pues ésta consiste en tener y manifestar una religión, o en no tenerla (pero solo a "no tenerla" pues la misma manifestación y práctica de aquellas ya pertenecerían al ámbito de otras libertades).

23 Voto Razonado. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

24 Sobre el caso la "Última Tentación de Cristo" y la libertad de expresión, vease también el comentario al artículo 13 de Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, de esta misma obra.

25 Los esfuerzos teóricos en distinguir libertad religiosa, libertad de conciencia y libertad ideológica (término del derecho constitucional español) proviene como ya hemos dicho, de los estatutos jurídicos distintos de cada libertad. Así, Pedro Viladrich afirma por ejemplo que el ateísmo cabe en parte dentro del derecho de libertad religiosa y en parte dentro de la libertad de pensamiento y conciencia. Este autor distingue dos momentos que darán lugar a la solución del problema teórico: un primer momento en el que la persona ejerce su libertad de elegir si creer o no creer: es la llamada "libertad del acto de fe", la cual puede dar resultado positivo o negativo y es parte del ejercicio del derecho de libertad religiosa. El segundo momento es la "libertad de culto o práctica religiosa" el cual por razones obvias ya no correspondería a los ateos o agnósticos. Así, el acto de elegir el no tener creencias religiosas formaría parte del derecho de libertad religiosa en el momento de ejercerse la libertad de elección. Pero una vez exteriorizada dicha elección se convierte ya en una

2. Naturaleza

Seguimos al jurista español Iván Ibán[26] cuando sostiene que el derecho de libertad religiosa integra derechos de tres categorías: los que exigen inmunidad de coacción por parte del Estado, los que facultan a su titular a realizar determinada conducta sin interferencia estatal y los que exigen una obligación estatal positiva de dar o hacer. En cuanto a esto último, no todo el contenido del derecho de libertad religiosa tiene carácter prestacional, sino sólo aquél que demande para su igual ejercicio y real vigencia una acción positiva –sea haciendo o dando– del Estado (sin afectar el principio de no discriminación).

La dimensión de la libertad de religión relativa al derecho de *tener* creencias religiosas es un aspecto que sólo exigiría un deber de abstención o de no interferencia por parte del Estado sobre el que en modo alguno podría reclamarse una exigencia prestacional (al pretenderse por ejemplo que sea el Estado el que promueva que sus ciudadanos tengan una u otra creencia religiosa). Respecto a la dimensión de *manifestar* las creencias, la situación se ofrece diferente. La discriminación existente hacia ciertas minorías religiosas haría altamente necesario que el Estado promoviera las condiciones para que su práctica religiosa sea respetada gracias a una especial intervención suya. Así por ejemplo, adoptando legislación específica que proteja el derecho de trabajadores y estudiantes observadores de días de reposo no dominicales toda vez que los centros laborales y educativos se organizan en base al ritmo semanal marcado por el descanso dominical.

3. Fundamento

La DUDH no registra una declaración acerca de los fundamentos filosóficos y morales de los derechos proclamados en ella por la gran diversidad y contraposición de ideologías representadas en la Asamblea. Por ello la afirmación filosófica más audaz en ella resulta ser la que afirma “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables”, la que inclusive también fue objeto de cuestionamiento de la delegación soviética y de las de sus países satélites a pesar de no detallar cuál el fundamento último de dicha dignidad.

En el Preámbulo de la Carta de San Francisco de 1945 se apelaba a este fundamento filosófico en el que los pueblos reafirmaban su “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana(...)” Después de la DUDH, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDESC y PIDCP) reconocieron que los derechos humanos –y por tanto la libertad religiosa– “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”, siendo el último texto político de alcance universal en así reconocerlo la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 aprobados por

---

manifestación del ejercicio de la libertad de conciencia o de pensamiento por “lo que contiene de sistema ideológico y ético”, mientras que la exteriorización creyente de dicha elección sería en cambio una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa. Ver Viladrich, Pedro. Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución, en: *Ius Canonicum*, Vol. XXII, No.43 (1982), p.33.

Dionisio Llamazares se pronuncia en este mismo sentido al afirmar que “es verdad que el derecho de libertad religiosa es derecho para tener fe religiosa y para no tenerla” pero ello no implica que el tener convicciones o creencias no religiosas o incluso antirreligiosas esté incluido dentro de ella (en lo que sería una “argumentación artificiosa, retorcida y contraria a las leyes más elementales de la lógica”) sino que “lo incluido ... es el derecho a no tener creencias religiosas, pero nada más; no a tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias. Lo incluido en el derecho de libertad religiosa, aparte del derecho a tener creencias religiosas, es la pura negatividad: a no tener creencias religiosas y a no ser obligado a tenerlas; pero no a poder tener unas u otras ideas y creencias no religiosas que es parte del contenido del derecho de libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento), en el que ambas alternativas tienen contenido positivo”. Ver Llamazares, Dionisio, *Derecho de la Libertad de Conciencia I*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p.16.

También Javier Hervada manifiesta que “lo amparado por la libertad religiosa es radicalmente la religión, esto es, la relación o comunión con el hombre con la divinidad” (...) los fenómenos del ateísmo y del agnosticismo son también objeto de la libertad religiosa (el sistema de pensamiento ateo o agnóstico pertenecen, en cambio, a la libertad de pensamiento)”. Ver Hervada, Javier. Los Eclesiasticistas ante un Espectador. EUNSA, Pamplona, 1993.

26 Ibán, Ivan C. El Derecho Eclesiástico. En Ibán, Ivan y Prieto Sanchís, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Edit. Tecnos, Madrid, 1990.

consenso en el marco de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en las que se afirma que el origen de estos derechos se sitúa "en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización" (Preámbulo, párrafo 2).

Al respecto, la CADH se ha pronunciado sobre el fundamento de los derechos humanos en su Preámbulo:

> *Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Diremos por tanto que el fundamento de la libertad religiosa está radicado en la dignidad intrínseca, natural y universal de la persona humana. Ella es anterior y superior al Estado, y es el fundamento de su legitimidad ante sus propios ciudadanos como ante la comunidad internacional. Como bien afirma Javier Hervada, la dignidad es el "estatuto ontológico de la persona humana".[27]

V. Inciso 1: titularidad y dimensión positiva de la libertad de religión

1. Titularidad: "toda persona"

La primera frase del artículo 12 señala que *"toda persona"* es titular de este derecho. En este aspecto es donde se advierte nítidamente la diferencia entre las normas convencionales interamericanas y las europeas dado que la CADH sólo reconoce como sujetos titulares de los derechos convencionales a las personas naturales mientras que el sistema europeo de derechos humanos pueden ser consideradas sujetos titulares de derechos humanos (como el derecho a la propiedad por ejemplo) las personas jurídicas. En el propio orbe interamericano, no pocos ordenamientos jurídicos nacionales reconocen también a las agrupaciones religiosas como titulares de la libertad de religión. En los siguientes párrafos nos referimos a ello y a los matices que tiene esta regla general.

a. Titularidad individual

El derecho de libertad religiosa y de conciencia es un derecho eminentemente subjetivo del que son titulares todas las personas naturales en virtud del principio de la supremacía de la dignidad humana. La persona humana es el punto de referencia primario del cual parte el reconocimiento al ejercicio colectivo de los respectivos derechos confesionales; así, los derechos fundamentales reconocidos a los sujetos colectivos "sólo tienen razón de ser en tanto que exigidos por el mejor desarrollo de la persona individual y la plena realización de su derecho de igualdad en la libertad".[28] Esto no sólo es una constatación jurídica sino que está enraizada en la dinámica histórica: el núcleo básico de las modernas libertades individuales ha tenido como su primera formulación a la libertad religiosa de la cual han derivado las demás, es por ello que se le denominó "la primera de las libertades". Así pues, su construcción fue eminentemente individualista y en oposición a los poderes absolutistas y universales de la época, la Monarquía y el Papado.

La Convención Americana señala en su artículo 1 inciso 2 que "persona es todo ser humano". De tal definición solo cabe concluir que la libertad de religión pertenece a todo ser humano bajo jurisdicción de los Estados partes de la Convención, como ha hecho la Comisión y la Corte Interamericanas.[29]

---

[27] Hervada, Javier. *Ibidem*.

[28] Llamazares, Dionisio, *Derecho de la Libertad de Conciencia I*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p.234.

[29] CIDH. Informe N° 10/91 del 22.II.1991, Banco de Lima – Perú considerandos 1 y 2 e Informe N° 39/99 del 11.III.1999,

En virtud del principio de no discriminación y de la definición de persona, la condición de ser extranjero no puede ser condición limitante para gozar de la libertad religiosa, más allá de que existan ciertos derechos fundamentales que no les hayan sido atribuidos en los ordenamientos nacionales o que les hayan sido especialmente limitados constitucionalmente.

b. Los menores de edad

Hay una atingencia a efectuar en el caso de los menores de edad. La Corte Interamericana ha manifestado[30] que los niños "al igual que los adultos, "poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos (…) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado". En dicha Opinión Consultiva la Corte no se refiere a la libertad religiosa de los menores de edad pero es precisamente aquella circunstancia que es uno de los condicionamientos naturales del menor titular de la libertad religiosa ya que –como afirma Joaquín Mantecón– no podrá ejercerla plenamente como los adultos sino "hasta que alcance un nivel suficiente de autoconciencia, ya que el ejercicio de este derecho es personalísimo, e implica una decisión libre y consciente por parte del titular".[31]

También la propia Convención sobre los Derechos del Niño así lo dispone en los artículos 12,[32] 13[33] y especialmente en el 14.[34] Ahora bien, ¿cuándo se puede estimar que un menor de edad tiene madurez intelectual y psicológica para autodeterminarse en asuntos religiosos?. El asunto es de la mayor importancia si se considera prácticas religiosas como las de los Testigos de Jehová en las que se rehúsa las transfusiones de sangre por motivos religiosos, aún por parte de menores de edad.[35]

Mevopal, S.A.-Argentina, párr.. 17.

[30] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

[31] Mantecón, Joaquín, "Confesiones religiosas y registro", Citado en Souto Galván, Beatriz. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Madrid, 2000, p.123.

[32] Artículo 12.- 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

[33] Artículo 13.- 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

[34] Artículo 14.- 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

[35] Al respecto, han sido numerosos los dramas de vida o muerte que han afrontado menores de edad Testigos de Jehová que han fallecido por rechazar transfusiones de sangre, o porque sus tutores o apoderados las han rechazado por ellos. En el primer caso, está en cuestión la edad en la que un menor de edad es capaz de tomar una decisión tan trascendental para su sobrevivencia. En el segundo, está en cuestión si el derecho de los padres y tutores de educar a sus apoderados en sus propias convicciones religiosas puede alcanzar hasta ponerlos en riesgo de muerte o convertirlos en mártires. Para el Fiscal General del Estado de España Eduardo Torres-Dulce, son diversos supuestos los que han de analizarse: "1) El "menor maduro" se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables.- En ese caso, el médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al juez de guardia, directamente o a través del fiscal.
2) El "menor maduro" rechaza la transfusión y sus representantes legales también.- En este caso, el médico debe plantar

Ello no se define en el orden interamericano ni la legislación comparada arroja muchas luces en este sentido,[36] siendo la Ley 16/2001 de 22 de junio de 2001 de Portugal –titulada "Lei da Liberdade Religiosa"–, una de las pocas sino la única que se pronuncia al respecto. Dicha ley establece en el artículo 11 que en cuanto a la educación religiosa de los menores:

> Os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes

y que

> Os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto.

Tal innovación portuguesa tiene un precedente inmediato en el proyecto de ley de libertad religiosa italiano de 1997 denominado *"Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi"* que contempla en el artículo 4 el derecho de los padres a educar a sus hijos según su propia fe "con respeto de su personalidad y sin perjuicio de su salud" y el derecho de los menores de 14 años a decidir autónomamente respecto a su propia opción religiosa.[37]

Las relaciones entre las potestades paterno-filiales y la libertad religiosa de menores de edad han generado una serie de importantes cuestiones que Martín Sánchez ha clasificado básicamente en tres y que vale la pena reseñar aquí: la conexión entre patria potestad y educación religiosa del menor, la incidencia de los contrastes entre los titulares de la patria potestad en la educación de sus hijos menores y finalmente los posibles conflictos entre la libertad religiosa del menor y la de quienes ejercen sobre él la patria potestad.[38] Sánchez indica que la jurisprudencia europea de derechos humanos ha contribuido a establecer algunas reglas para afrontar estas cuestiones. Por ejemplo la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, ante un caso de contradicción sobre decisiones religiosas entre las adoptadas por los padres o apoderados que ejercen la patria potestad y la voluntad del menor, sostuvo que prevalece la libertad religiosa de este último si es que ha llegado al grado de madurez idóneo. Hasta que no sea así, se "imponen" las elecciones religiosas de sus padres o

---

el conflicto ante el juez de guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

3) El "menor maduro" presta su consentimiento y sus representantes se oponen.- El médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro.

4) Los representantes del "menor no maduro" no consienten la intervención, generando grave riesgo para su vida o salud.- El médico debe plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, pero en situaciones urgentes, el médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación.

En todo caso, los fiscales deberán emitir sus dictámenes con carácter preferente y urgente y promover ante el juzgado de guardia un expediente de jurisdicción voluntaria". En: Diario El País, Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos, 06 de octubre de 2012. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html.

[36] En el caso mexicano, la "Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público", promulgada el 13 de julio de 1992 establece que sólo pueden ser miembros de Asociaciones Religiosas (en calidad de "asociados") los ciudadanos mayores de edad lo que a nuestro juicio viola flagrantemente la libertad religiosa de los menores con discernimiento que deseen incorporarse activamente a una determinada organización.

[37] "Art. 4.- (Figli minori). I genitori hanno diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, in coerenza con la propria fede religiosa o credenza, nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 316 del codice civile, i minori, a partire dal quattordicesimo anno di età, possono compiere autonomamente le scelte pertinenti all'esercizio del diritto di libertà religiosa; in caso di contrasto fra i genitori decide il giudice competente, tenendo conto dell'interesse primario del minore". Vid. para la problemática del menor en el derecho italiano, LARICCIA, Sergio. I diritti delle minoranze religiose in Italia. En: Aspectos Socio-Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada. Ed. J. Goti Ordeñana, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

[38] Martín Sánchez, Isidoro. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza.* Editorial Comares, Granada, 2002, p. 128 y siguientes.

apoderados en ejercicio de las facultades que la patria potestad les confieren y el menor –una vez alcanzada la madurez– no podrá luego pretender que se ha violado su derecho de libertad religiosa.[39]

c. Las personas privadas de la libertad

Refirámonos ahora a la situación de las personas privadas de la libertad que viven en condiciones de limitación de algunos derechos y en un régimen de seguridad.

La Convención Americana no hace ninguna mención particular al respecto como sí lo hacen los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" cuyos artículos ya hemos reproducido páginas antes. Dichos principios tienen fuerza interpretativa y de acuerdo a su contenido, las personas privadas de su libertad tienen derecho a no ser discriminadas en el ejercicio de su religión al interior de los centros penitenciarios, de que se respete su identidad religiosa en la recepción de alimentos y del vestido proporcionados por las autoridades penitenciarias y derecho a participar en actividades religiosas. La Comisión Interamericana adoptó dicha resolución con miras a preparar la aprobación de una nueva declaración interamericana al respecto, constatando con preocupación que "la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas; así como la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias; y la situación de grave riesgo en que se encuentran los niños y niñas, las mujeres, y los adultos mayores recluidas en otras instituciones públicas y privadas, los migrantes, solicitantes de asilo o de refugio, apátridas y personas indocumentadas, y las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados", era una situación que ameritaba identificar buenas prácticas de protección en las que incluyó la libertad de religión.

Y es que la limitación de la libertad personal que se aplica a través del internamiento en centros penitenciarios de los procesados o condenados por comisión de delitos plantea una situación que justifica más que en cualquier otra, la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito penitenciario, amén de la necesidad de resocialización del interno al que el factor religioso puede contribuir positivamente. El derecho a recibir asistencia religiosa es una manifestación de la libertad religiosa de las personas internadas en centros penitenciarios y es, en precisa definición de Manuel López Alarcón, "la acción del Estado para establecer las condiciones o infraestructura adecuada a fin de que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas agrupaciones religiosas los ciudadanos que tienen disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse internados en centros caracterizados por un régimen de especial sujeción".[40] Su fundamento se encuentra en la necesidad de superar mediante medidas positivas y promocionales a cargo del Estado el particular menoscabo en el ejercicio del derecho de libertad religiosa que –como producto de estas circunstancias especiales– sufren las personas sometidas a ellas, así como a solucionar situaciones potencialmente discriminatorias en el goce del derecho a la libertad de culto.

La Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos de los menores de edad en centros penitenciarios. Al respecto, la Corte afirmó que:[41]

> 154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal.[42] Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos,

---

[39] Decisión 2525/67 en el Caso X contra Islandia. Citado en Martín Sánchez, *op. cit.*, p.129.

[40] Lopez Alarcón, Manuel, "La Asistencia Religiosa", en: *Tratado de Derecho Eclesiástico,* EUNSA, Pamplona (1994), p.1159-1160.

[41] Caso *"Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158.

[42] Nota a pie en el original: *Cfr*. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 26, párr. 108; *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 57, párr. 87; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 154, párr. 96.

consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa,[43] puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.[44]

155. La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.

Y es que como veremos más adelante, la libertad de religión tiene tal intensidad axiológica para el desarrollo de la persona humana que la Convención Americana no autoriza a suspender su ejercicio ni aún en situaciones de excepcional gravedad o urgencia, como indica su artículo 27. Con cuánta mayor razón no puede ser suspendida al interior de centros penitenciarios en los que desarrollan su vida multitud de personas de manera cotidiana.

d. ¿Titularidad colectiva?

Como hemos señalado párrafos arriba, la CADH no reconoce que las personas jurídicas sean titulares de los derechos enunciados. Pero la Corte Interamericana ha matizado esta posición para evitar que ella se constituya en un obstáculo para el goce de los derechos humanos de las personas naturales que realizan sus derechos a través de personas jurídicas:

29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.[45]

e. Las agrupaciones religiosas

Este criterio general sin duda es aplicable al caso de las agrupaciones religiosas.[46] Los informes de la Comisión IDH han sido abundantes en aludir a la situación del derecho de libertad religiosa de la

Iglesia Católica Romana y de las iglesias no católicas en varios países con déficit democrático con lo que implícitamente les ha reconocido la titularidad de tal libertad.

La libertad de religión es una que esencialmente se ejerce de manera colectiva mediante la libertad de culto. En algunos países los Estados han celebrado acuerdos de cooperación con ciertas agrupaciones religiosas no católicas lo que ha supuesto reconocerles una importante relevancia para efectos de desarrollar sus derechos y su libertad religiosa en el espacio público. En dichos Estados,

[43] Nota a pie en el original: *Cfr*. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 57.

[44] Nota a pie en el original: *Cfr*. *Caso "Cinco Pensionistas*", supra nota 55, párr. 116; y artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

[45] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 29.

[46] Decimos aquí "agrupaciones religiosas" y no "confesiones religiosas" o "iglesias" dado que estas denominaciones corresponden a formas cristianas de organización de la vida religiosa colectiva. El término "confesión religiosa" no refleja la naturaleza diversa de las distintas agrupaciones religiosas existentes, pero a pesar de ello, tanto en el derecho comparado como en la más ilustrada doctrina ha ganado aceptación puramente convencional para designar a todo grupo religioso organizado con creencias, culto y ministerio propios. En sentido estricto el término "confesión" alude histórica y sociológicamente a las agrupaciones religiosas herederas de la tradición protestante y no a las islámicas o judías.

las agrupaciones religiosas son titulares del derecho de libertad religiosa en cuanto tales y no en cuanto constituyen exteriorizaciones organizadas de los derechos individuales. Como afirma Prieto "la relevancia que a éstas se reconoce, su específica disciplina normativa y su cualidad de sujetos de una relación de cooperación con el Estado se justifican precisamente por ser titulares del derecho fundamental de libertad religiosa; de un derecho que no es el resultado de la suma aritmética de los derechos de los individuos que componen la comunidad, sino que existe y puede ser actuado de modo independiente. La protección jurídica de la libertad religiosa de las comunidades tiene pues, una base constitucional, sin que para obtener dicha tutela sea preciso acudir a la vía indirecta de considerar vulnerados los derechos individuales de sus miembros".[47]

f. Los pueblos indígenas

Sin embargo no son las agrupaciones tradicionales religiosas los únicos entes colectivos cuyo ejercicio de la religión es materia de observación por el sistema interamericano de derechos humanos. Los pueblos indígenas han sido mencionados en numerosos informes sobre la situación de su libertad de religión y de creencia por parte de la Comisión Interamericana así como en sendas sentencias de la Corte Interamericana.

Como es sabido, la Convención Americana es deudora de su tiempo al no haber contemplado ninguna referencia a los pueblos indígenas ni al derecho a la identidad cultural en sus textos fundacionales. Sin embargo bajo el enfoque del principio de no discriminación, de los derechos culturales y del derecho a la propiedad tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han desarrollado un interesante *corpus* de estándares sobre el derecho a la libertad de religión y de creencia de los pueblos indígenas.

La Comisión Interamericana ha promovido la protección de la libertad de religión y de conciencia en aquellos Estados que no han suscrito la Convención Americana, o que habiéndolo hecho no han ratificado ni aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, basándose en la DADH. En aquellos países que sí son parte de dicha Convención[48] ha invocado la Convención Americana. Aquí mencionaremos solamente algunos casos célebres que incluyeron referencias importantes a la libertad de religión de los pueblos indígenas. Entre los casos en que la Comisión aplicó la DADH se encuentran el caso 11.140 (Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos, 2002), el caso 12.053 (Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice, 2004) y el caso 592-07 (Grupo de Tratado Hul'qumi'num contra Canadá, 2009). Por su lado, la Corte Interamericana ha desarrollado una vanguardista jurisprudencia sobre derechos de los pueblos indígenas y en particular, sobre su derecho a la identidad cultural y religiosa: *Aloeboetoe y otros vs. Surinam, "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay y el Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.*

Será aplicable el artículo 12 a las cosmovisiones y creencias indígenas en base a una acepción amplia del término "religión" (la que sin embargo hasta la fecha no es aplicada en la parte resolutiva de las sentencias de la Corte de manera explícita, aunque las creencias espirituales y religiosas indígenas sean en abundancia citadas en su jurisprudencia). Tal como lo ha planteado el Comité de Derechos Humanos:

> El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las

---

[47] Prieto Sanchís, Luis. "El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa", en Iban, Ivan y Prieto Sanchís, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Edit. Tecnos, Madrid, 1990, p.144.

[48] Véase el cuadro actualizado de las ratificaciones de la Convención en http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp.

> religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante.[49]

Pero ya nos referiremos a los derechos espirituales y religiosos de los pueblos indígenas al tratar sobre el contenido de la libertad de religión según el inciso 2 del artículo 12 de la convención Americana. Aquí basta que tomemos nota sobre la titularidad colectiva que dichos pueblos ostentan para defender la libertad religiosa de sus integrantes, lo mismo que las agrupaciones religiosas.

2. La dimensión positiva de la libertad de religión: "[e]ste derecho implica la libertad de…"

Continuando con el análisis del inciso 1 del artículo 12 de la Convención, advertimos que dicho inciso describe el contenido de la dimensión positiva de la libertad de religión, a diferencia de su inciso 2 el cual se dedica a la dimensión negativa de la misma.

El Estado tiene en general una estela de obligaciones positivas de respeto y adopción de disposiciones de derecho interno favorables a su ejercicio.[50] Entre dichas obligaciones positivas se encontrarán por ejemplo el adoptar políticas públicas y legislación que supere las brechas entre derechos reconocidos en la Convención y en la Constitución y su operativización práctica, lo cual bien puede significar la necesidad de adoptar *leyes de libertad religiosa* –o actualizar las existentes que ya no se conformen a los ideales de una sociedad democrática– de modo que expliciten cuáles son las obligaciones de los operadores jurídicos en cuanto a los derechos de personas y colectivos que representen creencias religiosas minoritarias en la sociedad.[51]

Asimismo, en la gama de obligaciones positivas del Estado se encuentran el deber de realizar investigaciones en caso un determinado derecho sea violado. En el caso de la libertad de religión, existió un notable caso en Argentina informado por la Comisión IDH a propósito de la acción de grupos antisemitas y de algunas autoridades policiales en dicho país que no habían merecido la debida investigación ni sanción:

> 4. La Comisión estima que si bien el antisemitismo que en algunas ocasiones se ha desatado en Argentina proviene de grupos fanáticos que se encuentran fuera de la responsabilidad gubernamental, al Gobierno le corresponde hacer efectiva una política de control de la actividad de dichos grupos y promover el respeto a las minorías, de acuerdo con los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia.[52]

Tiene pues el Estado obligaciones positivas a fin de proteger el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia la cual contiene dos aspectos: la de tener creencias religiosas y la de manifestarlas.

La libertad *de tener* creencias religiosas puede admitir a su vez los siguientes aspectos: los derechos de adoptar, cambiar y abandonar creencias religiosas. La libertad *de manifestar* creencias religiosas abarcaría una gama rica y diversa de concretizaciones: derechos de libertad de culto (relativos al rito), derechos de difusión religiosa, derechos de formación, educación y enseñanza religiosas,

---

[49] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (48º periodo de sesiones, 1993). Observación General No.22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 2.

[50] Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Se sugiere ver los comentarios sobre estos artículos a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, los cuales forman parte de esta obra.

[51] Así por ejemplo, en el caso argentino ya existe la Ley 21.745 (1979), en el chileno la Ley de "Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas" (1999), en el colombiano la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa (1994), en el peruano la Ley de Libertad Religiosa (2011) y en México la "Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público" (1992).

[52] CIDH. Informe de País - Argentina 1980 - Capitulo X, párr. 4. De manera similar y reciente, en un caso venezolano de antisemitismo: Informe Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela, párr. 367.

derechos de reunión y asociación con fines religiosos y los derechos de conciencia religiosa (relativos a los criterios éticos basados en la fe). No es éste el lugar para profundizar más al respecto sino para comentar las decisiones y sentencias que tanto la Comisión como la Corte Interamericanas hayan adoptado en relación al contenido de la libertad de religión.

a. La libertad de tener religión

La Convención Americana ha desarrollado de manera indirecta el derecho a *tener* religión prohibiendo en su artículo 27 que se pueda suspender el derecho de libertad religiosa en caso de guerra, peligro público u otra emergencia nacional. También en el artículo 22 se prohíbe también la devolución (*refoulement*) de una persona a otro país si existiera el riesgo de que fuera reprimida por su religión. Y en el artículo 13º se prohíbe el discurso de odio religioso. Estos tres casos son una condena de la discriminación religiosa y al respecto, no pareciera que estemos ante conductas prohibidas que busquen amenazar o sancionar la práctica de una religión sino el hecho mismo de tener creencias de naturaleza religiosa. La libertad de tener religión no ha sido objeto de pronunciamiento en la jurisprudencia interamericana.

b. La libertad de manifestar la religión

Esta dimensión de la libertad de religión se encuentra vinculada a los artículos 16º (libertad de asociación religiosa), 22º (derecho de circulación y residencia).

Al respecto, la Comisión Interamericana se pronunció sobre un decreto del dictador Jorge Videla prohibiendo las actividades de la agrupación religiosa Testigos de Jehová en la Argentina y la clausura de sus instalaciones.[53] Dado que Argentina aún no había ratificado la Convención Americana, la Comisión aplicó el artículo III de la DADDH sobre libertad religiosa, y declaró que la dictadura violó el derecho de libertad religiosa y de culto, recomendando que se derogue el decreto persecutorio y que cese toda persecución contra dicha religión.

El derecho a la adquisición de personalidad jurídica fue objeto de un pronunciamiento de la Comisión respecto al Paraguay, nuevamente fundamentado en la DADDH, país al que se llamó la atención por haber retirado la personalidad jurídica a los Testigos de Jehová para impedir sus actividades.[54]

Una dimensión importante de la libertad de religión es la libertad de culto, cuyo objeto es la protección del fenómeno del rito, el cual es uno de los elementos más característicos y llamativos del fenómeno religioso. En sentido amplio, el rito es “un acto simbólico a través del cual los creyentes tratan de comunicarse con los seres superiores, como la plegaria o el acto penitencial”,[55] o sea un lenguaje para comunicarse con lo divino que puede revestir diferentes modalidades: ritos de paso (que marcan hitos de la vida personal como el nacimiento, muerte, matrimonio, etc.), ritos de iniciación (que marcan el ingreso a una agrupación religiosa), ritos festivos (para celebrar acontecimientos o personajes sagrados), los ritos penitenciales (para atraer el perdón divino), y ritos impetratorios (para obtener favores divinos).[56]

Así, la libertad de culto es el derecho a practicar las ceremonias, celebraciones, ritos que derivan de las creencias religiosas y que puede ser practicado tanto individualmente como en forma colectiva, a través de la asociación o de la reunión.

Precisamente son las creencias espirituales y religiosas de los pueblos indígenas las que han sido objeto de mayores pronunciamientos por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas cuando se ha tratado de proteger a comunidades y pueblos indígenas de los efectos destructivos de actividades

---

[53] CIDH. Caso 2137, Testigos de Jehová contra Argentina, 18 de noviembre de 1978.

[54] CIDH. Informe Anual 1979-1980 - Capítulo V Paraguay, párr. 10.

[55] Marzal, Manuel. T*ierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*, Trotta-PUCP, 2002, p.28.

[56] *Ibid*.

extractivas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Dichas creencias son ámbito del artículo 12 de la Convención pero ni la Comisión ni la Corte han expresamente vinculado dicha libertad a su jurisprudencia indígena (salvo en el *Caso Masacre Plan de Sánchez*).

Así, las creencias de las comunidades indígenas Maya de Guatemala fueron especialmente tenidas en cuenta por la sentencia del *Caso Bámaca Velásquez*,[57] al disponerse como reparación que las sobrevivientes víctimas de la víctima torturada, asesinada y desaparecida pudieran recibir sus restos para darle sepultura de acuerdo a los ritos de la cultura Maya. En sus alegatos escritos finales, la Comisión IDH había destacado la repercusión, en la cultura maya de la víctima, de no haberse dado sepultura digna a sus restos mortales, "por la relevancia central que tiene en su cultura el vínculo activo que une a los vivos con los muertos", pues la "falta de un lugar sagrado a dónde acudir para velar por este nexo constituye una preocupación profunda que brota de los testimonios de muchas comunidades mayas". La Corte acogió dicho argumento y en un voto de hondo contenido histórico y espiritual, el Presidente de la Corte Juez Antonio Cançado Trindade se extendió sobre cuatro reflexiones: a) el respeto a los muertos en las personas de los vivos; b) la unidad del género humano en los vínculos entre los vivos y los muertos; c) los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos; y d) la prevalencia del derecho a la verdad, en respeto a los muertos y a los vivos. En virtud de estos lazos entre vivos y muertos originados en la cultura de los Mayas, la Corte decide ampliar la noción de "víctimas" a los familiares de la víctima asesinada pues –se constata– "la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos".[58]

A decir del entonces Presidente de la Corte, la sentencia del *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* fue la que se adentró más en el concepto de identidad cultural y cosmovisión indígena convirtiéndose en un caso emblemático.[59] Por primera vez la Corte Interamericana avanzó el concepto que la relación de los pueblos indígenacon sus tierras no era meramente de propiedad o de posesión sino *espiritual*:

> (...) Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[60]

Sin embargo cabe recordar que se trató aquí de una interpretación progresiva del artículo 21 de la Convención relativo al derecho a la propiedad, y no del artículo 12 sobre libertad de religión el cual subyace en el voto ya que se afirmó el vínculo especial e interdependiente entre la posesión de la tierra y la identidad cultural indígena, la cual finalmente es espiritual. La Corte no juzgó –ni todavía lo ha hecho– que las tierras indígenas puedan ser mejor protegidas alegando la vulneración del derecho a la libertad religiosa. El argumento fuerza está anclado en el artículo sobre la propiedad el cual es reinterpretado pluriculturalmente. Esta "relación especial" entre comunidades indígenas y sus territorios ha sido reafirmada con fuerza por las sentencias posteriores de la Corte[61] y las decisiones

---

57 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

58 Cançado Trindade, A. Voto separado en el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, párr. 40.

59 Cançado Trindade, Antônio Augusto, "The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights", en: *Multiculturalism and international law*/Sienho Yee & Jean-Yvan Morin (eds.). Leiden: Brill, 2009, p. 485.

60 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

61 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragu*a. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66; Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; Corte IDH. C*aso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. C*aso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs.*

e informes de la Comisión IDH[62] los que han consolidado una tendencia jurisprudencial hacia la interpretación combinada del artículo sobre el derecho a la propiedad, con el de identidad cultural y el de libertad de religión. Pero hasta el momento ninguna parte resolutiva de sentencia alguna de la Corte ha encontrado una violación a la libertad religiosa por haberse violado la identidad cultural o el derecho de propiedad sobre el territorio ancestral.

Situación diferente presentó el *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* en el que se ventiló la aplicación del artículo 12 de la Convención al *cas d'espèce*. El Estado guatemalteco aceptó su responsabilidad internacional en la violación de varios artículos entre ellos el 12, y entonces la Corte subrayó que dicha transgresión específica había consistido en que "la comunidad Plan de Sánchez sólo pudo realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y religiosidad"[63] Siguiendo su línea precedente, juzgó además que tenían la calidad de "víctimas" los familiares de las 268 personas asesinadas debido a la angustia sufrida.

Finalmente, en la sentencia del *Caso* Moiwana versus Surinam,[64] de manera destacable, el Juez Antonio Cançado Trindade postuló las tesis del "daño espiritual" y del "daño al proyecto de post-vida":

> 71. Me atrevería a conceptualizarlo como un *daño espiritual*, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El *daño espiritual* no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. Aquí es donde se presenta la idea, por primera vez en la historia, a mi leal entender.[65]
>
> 68. El presente *Caso* de la *Comunidad Moiwana*, a mi modo de ver, abarca aún más que el derecho emergente a un proyecto de vida. Unos años atrás, esta Corte sentó jurisprudencia al afirmar la existencia del *daño al proyecto de vida*. La interpretación general del caso tuvo en cuenta, sin embargo, a los vivos. En el presente caso, no obstante, puedo visualizar, en la pena de los N'djukas de la aldea de Moiwana, la pretensión al *derecho a un proyecto de post-vida*, que tenga en cuenta los vivos en sus relaciones con los muertos, en conjunto. El Derecho Internacional en general y el Derecho Internacional de Derechos Humanos en particular no puede permanecer indiferente ante las manifestaciones espirituales del género humano, tales como las expresadas en las actuaciones iniciadas ante esta Corte en el presente *Caso Comunidad Moiwana*.
>
> 69. No existe razón sumamente poderosa para permanecer en el mundo exclusivamente de los vivos. En el *cas d'espèce*, me da la impresión que los N'djukas tienen derecho a apreciar su proyecto de post-vida, el encuentro de cada uno de ellos con sus antepasados, la relación armoniosa entre los vivos y los muertos. Su visión de vida y post-vida abriga valores fundamentales, largamente olvidados y perdidos por los hijos e hijas de las "revoluciones" industriales y comunicativas (u otras involuciones, desde la perspectiva espiritual).[66]

Hennebel ha sugerido que en realidad se trata de honrar obligaciones hacia los muertos cumpliéndolas a través de los vivos, y señala que la sentencia de la Corte en el Caso Moiwana "sugiere que el asunto

Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. *Caso de Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

62 CIDH. Caso nº 7615, Tim Coulter y otros contra Brasil, del 5 de marzo de 1985, Informe n° 75/02, caso 11.140, fondo, Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos, de 27 de diciembre de 2002, Informe nº 40/04, caso 12.053, fondo, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice, del 12 de octubre 2004, Informe No.105/09, caso 592-07, admisibilidad, Grupo de Tratado Hul'qumi'num contra Canadá, del 30 de octubre de 2009.

63 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 42.30.

64 Corte IDH. *Caso de Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

65 *Ibidem*, párr. 71.

66 *Ibidem*, párr. 68-69.

concierte directamente el derecho *de una persona muerta* a gozar de una sepultura digna, aunque en la práctica, este derecho se vea materializado por el derecho de las familias a la verdad (…). Si a la muerte de un individuo éste deja de ser titular de derechos, no deja de ser cierto que sus restos mortales son jurídicamente protegidos. El respeto de los muertos es una obligación que se debe a los vivos”.[67]

Y recientemente, la sentencia de la Corte en el *Caso Sarayaku vs. Ecuador*[68] ha subrayado la interdependencia entre el derecho a la propiedad comunal indígena y el derecho a la propia identidad cultural y religiosa, al destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que el Pueblo Sarayaku mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su “selva viviente” (*Kawsak Sacha*) y la relación íntima entre ésta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

Sin duda, se trata de decisiones jurisprudenciales y de reflexiones que en algún momento vendrán a enriquecer el contenido de la libertad de religión y de conciencia del artículo 12 de la Convención, aunque por el momento la jurisprudencia interamericana no las vincule de manera más explícita.

c. El derecho de igualdad religiosa

Las obligaciones positivas del Estado deben ser entendidas también como un deber de adoptar políticas y disposiciones que permitan gozar de la libertad religiosa sin discriminación y en igualdad de condiciones a ciertas categorías de personas discriminadas y de especial vulnerabilidad como son las mujeres, las minorías religiosas, los menores de edad, los pueblos indígenas, los discapacitados, etc. Ello nos remite al principio de no discriminación y al de la igualdad, que aplicada al campo religioso vendría en llamarse *igualdad religiosa* para dar cuenta del goce igualitario de la libertad de religión.

Al respecto, la Comisión Interamericana ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse en base a la DADDH y a la CADH apelando a la no discriminación por causas religiosas y al derecho de igualdad. Prácticamente todos los casos referidos en este artículo tienen en dicha dimensión a una de sus preocupaciones centrales.[69]

VI. Inciso 2: la dimensión negativa de la libertad de conciencia y de religión

La titularidad del derecho de libertad religiosa implica no solamente que determinados sujetos tengan una serie de derechos enunciados positivamente sino que en cuanto a la dimensión negativa de tal derecho, el Estado y los particulares –debido al efecto horizontal de los derechos humanos– tengan un deber de inmunidad de coacción en cuanto a las creencias y prácticas religiosas de terceros.

Así por ejemplo, la Comisión Interamericana ha objetado a Cuba que hubiera violado la libertad de religión reconocida en la DADDH[70] debido a la nacionalización de las escuelas privadas en 1961 haya supuesto la eliminación de la educaciónreligiosa; que la supresión de feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y clases de adoctrinamiento durante los domingos busque obstaculizar la asistencia a los oficios religiosos; que se prohibieran las procesiones religiosas; que la hostilidad gubernamental haya provocado un éxodo de personas fuera del país lo que disminuyera notablemente la feligresía de la comunidad judía a una décima parte; que cese el funcionamiento

[67] Hennebel, Ludovic. La protection de l’»intégrité spirituelle» des indigènes: réflexions sur l’arrêt de la Cour interaméricaine des Droits de l’Homme dans l’affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005. Revue trimestrielle des droits de l’homme, 17e année, n° 66 (1er avril 2006), p. 275-276.

[68] Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No.245.

[69] Por citar sólo dos ejemplos, los casos de Cuba (informe país de 1983 de la Comisión IDH) y Argentina (caso 2137 ante la Cmisión IDH).

[70] CIDH. Informe de País - Cuba 1983 - Capitulo VII, párr. 32.

de iglesias causada por la faltade personal religioso debido a restricciones gubernamentales; que se apruebe el adiestramiento militar obligatorio sin permitir objeciones de conciencia, etc.. Todas estas manifestaciones de la libertad religiosa fueron objeto de represión gubernamental y consiguiente observación por parte de la Comisión.[71]

Aunque generalmente se considera que los movimientos teológicos y éticos del *forum interno* no son susceptibles de afectación externa, pensamos que en casos extremos ello podría suceder cuando por ejemplo, se pretende afectar la psiquis humana con la finalidad de inducirla a determinado pensamiento o creencia religiosa, o bien cuando siendo inexistente la práctica religiosa (por temor fundado a ser eliminados), las personas son acosadas y perseguidas meramente por el hecho de saberse que detentan una creencia religiosa determinada. En estos casos, no se trata de una represión a la exteriorización de la creencia sino algo más grave: de una inducción no solicitada a tener determinadas creencias. Este aspecto de la inmunidad de coacción es desarrollado en los siguientes párrafos.

1. El derecho a la libre formación de la conciencia

En un interesante trabajo, Isidoro Martín Sánchez ha planteado que el derecho a la libre formación de la conciencia es un derecho derivado del derecho a la libertad de conciencia.[72] Mediante esta formulación se busca proteger no sólo la libre tenencia de creencias religiosas y no religiosas sino el proceso mismo de maduración espiritual anterior a la elección de dichas creencias, es decir: la libertad interna. Dicho autor señala que el *forum internum* de la persona es protegido mediante el reconocimiento de esta libertad la cual a su vez es directa expresión de la libertad de conciencia en su aspecto interno.

Tal protección estaría implícita en el PDCP el cual manifiesta que "nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las convicciones de su elección" así como en otras normas jurídicas internacionales tal como lo interpreta y sostiene el autor citado,[73] entre ellas el artículo 12 de la Convención Americana como ha afirmado el Juez de la Corte Interamericana Carlos Vicente de Roux:

> El artículo 12 de la Convención contempla varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las cuales se cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.[74]

2. El derecho a la objeción de conciencia

Algunas veces las creencias y convicciones éticas de una persona entran en colisión con mandatos y deberes jurídicos lo que plantea un conflicto de valores e intereses que al derecho interesa resolver.

---

[71] CIDH. Informe de País - Cuba 1983 - Capitulo VII, párrs. 18 al 26.

[72] Martín Sánchez, Isidoro. *El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional*. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000, p.35. y ss.

[73] *Ibidem*, pp.38-41.

[74] Voto Razonado. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Tales situaciones son las que constituyen supuestos de objeción de conciencia. En cuanto a la estructura esencial de toda conducta que reclame constituirse en objeción de conciencia, nos interesa citar aquí la precisa definición doctrinal que Joaquín Navarro Valls y Rafael Palomino dan de ella:

> toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas–, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético.[75]

La Convención Americana menciona al derecho a la objeción de conciencia de manera no muy sistemática. Así, manifiesta:

> Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre
> 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
> (…)
> b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

En el caso 12.219 contra Chile, la Comisión IDH tuvo ocasión de pronunciarse en torno a este importante.[76] Se trató del caso de los jóvenes chilenos Cristián Daniel Sahli Vera, Claudio Salvador Fabrizzio Basso Miranda y Javier Andrés Garate Neidhardt, quienes al haber cumplido los 18 años de edad expresaron su total y completa objeción de conciencia al servicio militar. Los peticionantes alegaron que se había vulnerado su libertad de conciencia al no respetarse sus creencias sobre cómo debían ellos determinar sus propios planes de vida.[77]

Sostuvo la Comisión que la jurisprudencia internacional de derechos humanos restringía el derecho a la objeción de conciencia a los casos en que los países los hubieran establecido previamente en su legislación interna, la Comisión decidió que no había violación de la libertad de conciencia de los peticionantes. Para ello, la Comisión elaboró un muy extenso y prolijo análisis de la jurisprudencia internacional sobre la objeción de conciencia en el que demostraba su aserto.[78]

La Comisión IDH negó que la Convención Americana contemplara el término exacto “objeción de conciencia” obviando que el término “exención por razones de conciencia” podía perfectamente considerarse un sinónimo del primero. Argumentó la Comisión que el literal b del inciso 3 del artículo 6 de la Convención debía leerse conjuntamente con el artículo 12, lo que llevaba a concluir que también en el orden interamericano la objeción de conciencia estaba sometida a legislación nacional previa. Siendo que Chile negaba la existencia del derecho a la objeción de conciencia en su legislación y que su ejercicio amenazaba la seguridad pública del país, el cual era un límite legítimo convencional para restringir la libertad de conciencia del artículo 12 convencional, la Comisión IDH remarcaba que no podía dejar de reenviar la solución del caso a lo que el propio Estado decidiera sobre la petición de los jóvenes objetores. Además añadió que el artículo convencional 6 (3)(b) implícitamente reconocía que la objeción de conciencia pudiera ser reconocida por algunos países y por otros no. Finalmente concluyó que no hubo violación del artículo 12 de la CADH.[79]

Este caso es uno de los realmente paradigmáticos del sistema interamericano de derechos humanos en torno al artículo 12 de la Convención y no sería extraño que en el futuro pronto veamos una

---

[75] Navarro Valls, Rafael; Palomino, Rafael. Las objeciones de conciencia, en: *Tratado de Derecho Eclesiástico,* EUNSA, Pamplona (1994), p.1095.

[76] CIDH. Caso 12.219, informe No.43/05, fondo, Cristian Daniel Sahli Vera y otros contra Chile, 10 de marzo de 2005.

[77] Sobre exención por razones de conciencia del servicio militar, véase también el comentario al artículo 6, de Federico Andreu, el cual forma parte de esta obra.

[78] *Ibidem*, párr. 38-83.

[79] *Ibidem*, párr. 100.

sentencia de la misma Corte Interamericana pronunciándose sobre el tema, ya que las últimas décadas han visto un renacimiento de la objeción de conciencia por múltiples motivos religiosos.

VII. Inciso 3: las limitaciones de la libertad de conciencia y de religión

La DADDH no menciona explícitamente cuáles serían los límites de la libertad religiosa pero ello no quiere decir que para los países que no hayan aceptado la Convención ni la jurisdicción de la Corte Interamericana tales límites no existan, pues ellos se encuentran implícitos en el artículo XXIX de la DADDH que sí es supervisada por la Comisión IDH, artículo el cual dice:

> Artículo XXIX.– Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

El deber de convivencia armoniosa entre los miembros de una sociedad conlleva naturalmente a que mutuamente se establezcan restricciones en orden a que todos puedan gozar igualmente de sus derechos.

En cambio la CADH sí enumera cuáles son dichos límites, no aplicándolos al derecho de *tener* o *adoptar* una religión –perteneciente al ámbito interno de la persona– pero sí al derecho de manifestarla o exteriorizarla, y ellos son: la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. La Convención añade que dichas limitaciones deberán respetar el principio de legalidad, esto es, el haber sido previstas en la “ley” y ser “necesarias” en una sociedad democrática.[80] Una vez cuestionadas, el juzgador deberá analizar su legitimidad de acuerdo a la técnica de la ponderación y a un riguroso test.

Al respecto, es oportuno llamar la atención sobre una observación crítica hecha por la jurista española Zoila Combalía sobre los prejuicios existentes en los “operadores” del derecho de su país cuando aplican las restricciones a la libertad de religión: “En nuestro país da la impresión de que la libertad de conciencia es el bien jurídico que siempre debe ceder y únicamente cuando no vulnere ningún otro merece la protección del Derecho. Este planteamiento es, a mi modo de ver, poco sensible para con la tutela de las libertades”.[81] Eso se origina en factores culturales –que no toca explicar aquí–, así como en el desconocimiento del test convencional que se aplica para determinar si una limitación estatal al derecho de libertad religiosa fue legítima o no.

Sobre esto último, la Convención supedita dicha determinación a las nociones autónomas[82] de “ley” y de “necesidad en una sociedad democrática” que la Corte Interamericana ha definido en diferentes lugares. Así, *para el caso de restricciones establecidas por “ley” al ejercicio de derechos humanos*, la Corte advierte lo siguiente sobre el concepto de “ley”:

> 26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión *leyes*, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

No se trata de cualquier “ley” entonces, sino de una cuya jerarquía suponga requisitos exigentes de aprobación que sirvan para disminuir la injerencia de la voluntad de los poderes públicos sobre las libertades:

---

[80] Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. párr. 67.

[81] Combalía, Zoila. “Los límites del derecho de libertad religiosa”, en el *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona (1994), p.493.

[82] “El significado del vocablo leyes ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte”. Corte IDH. *La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 09 de mayo de 1986., párr. 19.

> (…) La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.[83]

La Comisión Interamericana también se ha pronunciado al respecto a propósito de un caso nacional en el que una ley declaraba ilegal y punible oponer las creencias religiosas a la ambigua frase “a la revolución”:

> (…) se presentan nuevamente en este artículo expresiones ambiguas que impiden que el mismo funcione como garantía adecuada del derecho proclamado. Así, considerar “ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución” es dejar a los cuerpos políticos la tarea de interpretar los alcances legales de eventuales creencias o acciones opuestas “a la Revolución”.[84]

Por tanto, para que la limitación impuesta al ejercicio de la libertad de religión cumpla con el estándar interamericano debe haber sido prevista por una norma jurídica aprobada por el Poder Legislativo, pero no sólo ello. Además debe hacer sido *democráticamente* aprobada por dicho Poder para que además de *legal* también sea *legítima*:

> 32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. (…) En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa “, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.[85]

Y concluye la Corte definiendo la noción de “leyes”:

> la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.[86]

En este punto debemos efectuar la siguiente distinción: la opinión de la Corte sobre la noción de “ley” que aquí presentamos se construyó específicamente sobre el artículo 30 de la Convención que *entre otras finalidades*, busca restringir la actividad del Estado a la hora de limitar las libertades personales. La Corte procede entonces a analizar el propósito del artículo 30 y a elaborar su noción de “ley” en ese marco específico. Pero aquí hemos recogido dicha elaboración para aplicarla también a la fórmula del artículo 12 sobre libertad de religión pues la propia Corte indica que los criterios del artículo 30 son aplicables a casos como el del artículo 12 de la Convención:

> 17. No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión *ley* o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.[87]

---

[83] *Ibidem*, párr. 27.

[84] CIDH. Informe de País, Cuba 1983, Capítulo VII, párr. 5.

[85] Corte IDH. *La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre* Derechos *Humanos*”. Opinión Consultiva OC-6/86 de 09 de mayo de 1986., párr. 32.

[86] *Ibidem*, párr. 38.

[87] *Ibidem*, párr. 17.

Lo que nos conduce a otro tema: el de si las restricciones enumeradas en el artículo 12 son las únicas que debe soportar la libertad de religión y de conciencia. Es válido plantearse la cuestión desde que, en principio, el hecho de que ciertos límites sean enumerados en un artículo no significa automáticamente que sean los únicos posibles. En primer lugar porque la Convención es un sistema y no un simple agregado de normas inconexas y autosuficientes por lo cual su contenido debe ser interpretado sistemáticamente. Y si bien es cierto cada derecho enunciado en la CADH tiene autonomía normativa de ello no se sigue que esté desligado de los principios o reglas generales aplicables a toda la Convención. En segundo lugar porque una enumeración bien puede ser cerrada o abierta, o cumplir función pedagógica sin pretender ser taxativa.

Pero no es el caso de la libertad religiosa y de conciencia consagrada en el artículo 12 de la Convención dado que dicho artículo señala explícitamente que sus límites son establecidos "únicamente" mediante *ley* (esto es, por los ordenamientos jurídicos nacionales), remitiéndonos a los límites que provengan de los consensos alcanzados democráticamente en cada país. Por lo tanto, el artículo 32.2. que en principio hubiera podido introducir una limitación adicional (el "bien común"), en el caso de esta libertad no es aplicable. Así lo ha remarcado al menos en dos ocasiones la Corte Interamericana. A propósito de la libertad de expresión la Corte sostuvo que:

> La Corte (…) considera que, (…), es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.[88]

Y en relación a la expresión "leyes" de dicho artículo 30 manifestó:

> El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos**.** Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.[89]

Así entonces, las únicas limitaciones imponibles a la libertad de religión son las enumeradas taxativamente en el artículo 12 las que deben ser aplicadas mediante una ley juzgada necesaria en una sociedad democrática.

Precisemos que la expresión "necesaria en una sociedad democrática" se introduce en otros artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y no en el artículo sobre libertad de religión en la que se dice solamente "necesaria" (a diferencia de la Convención Europea en que sí aparece en su artículo 9 sobre libertad religiosa), pero esta diferencia en la terminología "pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda "excluir otros derechos y garantías[...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".[90] Existiendo entonces el mismo sentido teleológico en ambas Convenciones la noción de

88 Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985., párr. 65.

89 Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 de 09 de mayo de 1986"., párr. 17.

90 Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985., párr. 44.

"necesidad en una sociedad democrática" se erige en otro condicionamiento de la actividad legislativa del Estado al momento de restringir la libertad de religión.

Así entonces, el test para juzgar si una restricción a dicha libertad es legítima, primero pasará por un análisis de legalidad y luego por uno de legitimidad. En cuanto al primero como ya hemos visto, se trata de analizar si la norma restrictiva cumple los estándares de ser general, orientada al bien común, producida por un Poder Legislativo democrático, y elaborada respetando la Constitución. En cuanto al segundo, la legitimidad consiste en si dicha ley es necesaria en una sociedad democrática[91] y además proporcional a los fines que persigue, esto es, que aplicándose una debida ponderación se demuestre que el sacrificio de la libertad en cuestión esté en apropiada relación con el fin público perseguido para evitar que éste se haya esgrimido sólo como pretexto para restringir a la primera.

En ese sentido, no basta que la restricción a la libertad religiosa sea legal, legítima, y por ello proporcional y necesaria en una sociedad democrática, sino que persiga un fin legítimo. En el caso de dicha libertad, los fines legítimos están enunciados como la seguridad, salud y moral públicas así como los derechos o libertades de los demás. Pero no basta su aplicación mecánica sino que estos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. Veamos en qué consisten.

1. La seguridad pública

No puede manifestarse libremente la propia religión si ello amenaza la seguridad pública. La seguridad pública de que aquí se trata es la centrada en la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano en el ámbito de actuación de las fuerzas de seguridad ante acciones de violencia, calamidades, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y el orden, etc. Una causal de amenaza o atentado contra la seguridad pública debe verificarse cuando el peligro aparezca como probado y grave, y no en base a especulaciones, hipótesis o posibilidades pues en tal caso se convertiría en una restricción ilegítima.

2. La salud pública

El ejercicio de la libertad religiosa no puede llegar al punto de poner en peligro o perjudicar la salud pública. Adviértase que se trata de la salud pública y no de la privada. En nuestra opinión, no cabría alegar esta limitación convencional para el caso de personas que por razones de conciencia religiosa se rehúsan a recibir transfusiones de sangre y con ello ponen en riesgo su propia integridad y salud. Cuando se trata de que la afectada sea la salud individual, los poderes públicos deben procurar no caer en la tentación de apelar al argumento de la "salud pública" para justificar restricciones a prácticas religiosas que únicamente afectan la salud privada del objetor. Cuando esto sucede, se incurre en un abuso contra la libertad religiosa del paciente. Por supuesto, ello no significa que se trate de cualquier salud privada, sino de la propia salud privada y no la de terceros. Y sobre todo, no se deberá proteger la libertad religiosa en grave sacrificio de la salud si es que dicho tercero es un incapaz o un menor de edad sujeto a patria potestad. En tales casos la protección de la salud sería preferible a la protección de la libertad religiosa pues nadie tiene derecho a imponer el martirio a los demás, y menos a quienes no pueden manifestar su voluntad de manera consciente o totalmente madura y plena.

Finalmente, cuando la observancia de una creencia religiosa planteara peligros para la salud pública –como poder originar una epidemia– se prefiere como prioridad a la salud e inclusive dicha ponderación puede llevar a que la agrupación religiosa que promueve la creencia que es lesiva a la salud pública no sea inscrita en el registro oficial de entidades religiosas.[92]

---

[91] Entendiendo por "necesaria" aquella medida que implique "existencia de una necesidad social imperiosa" y no necesariamente que sea "inevitable", como afirma la Corte en ídem, párr. 46.

[92] En España se suscitó un caso en virtud del cual la Administración se negó a inscribir a la Iglesia de la Cienciología

3. El orden público

La introducción del "orden público" como límite de la libertad religiosa data ya de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789 cuyo artículo 10 afirmaba que "nadie debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley". Se trata de uno de aquellos conceptos jurídicos que pueden asirse conceptualmente sólo en referencia directa a determinadas circunstancias político-sociales por lo que según ellas ha sido interpretado de múltiples maneras: ora en clave democrática, ora en clave autoritaria y dictatorial.

El concepto de "orden público" mencionado por la CADH es una noción autónoma que pertenece al ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos que no puede ni debe ser entendida desde la determinación hecha por legisladores o jueces nacionales. Siendo que es a la Corte IDH a quien corresponde velar por el cumplimiento de la CADH sería transgredir dicho mandato conferido por los Estados que sean éstos, y no aquella, los que tengan la potestad de definir el alcance del concepto de "orden público" establecido en la misma CADH. La noción interamericana de orden público no es pues, asimilable a las nociones de derecho privado o público de los derechos nacionales (orden público, orden interno, orden de la calle u orden policial). Como afirma la Corte Interamericana:

> "una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público".[93]

4. La moral pública

Si bien es cierto la moral pública pudo haber sido entendida en el pasado de manera religiosa, contemporáneamente tal acepción no puede mantenerse en virtud del reconocimiento de la libertad e igualdad religiosas. Esta afirmación no modifica sin embargo la indeterminación del concepto de moral pública ya que ésta no es inmutable sino variable de lugar en lugar y de época en época por lo que su interpretación debe rodearse de las garantías necesarias para evitar limitaciones injustificadas. La moral pública que califica como límite de la libertad religiosa es aquella que constituye el elemento ético mínimo del sistema jurídico así como común de la vida social (por ello es "pública").El Comité de Derechos Humanos ha declarado al respecto que: el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición.[94]

Adicionalmente, refiriéndose a la libertad de expresión el Relator de Naciones Unidas para dicha libertad ha señalado que:

> si bien las morales públicas pueden ser muy diferentes y dependen en gran medida del contexto nacional, incluidos sus aspectos culturales, lo que implica dejar a los Estados un margen de valoración al respecto, las restricciones a la libertad de expresión bajo el criterio de la moral pública no deberían aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia. Además,

pues ésta apartaba a sus seguidores de tomar asistencia médica induciéndolas a tomar terapias realizadas por personas incompetentes lo que se consideró una afectación negativa de la salud pública. Dado que se violaba dicho límite constitucional se negó la inscripción a esa Iglesia.

[93] Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. párr. 64.

[94] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, (48º periodo de sesiones, 1993).Observación General No.22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 8.

reconoce la importancia de proteger la libertad de expresión de opiniones minoritarias, incluidas las opiniones que podrían ser ofensivas o molestas para la mayoría.[95]

5. Los derechos de los demás

Los límites a la libertad de religión consistentes en el respeto de otros derechos o valores legítimos nos plantea la necesidad de recordar que no existe una jerarquía rígida de derechos humanos preestablecida por la Convención ya que dichos derechos tienen carácter interdependiente e indivisible. En cada situación particular se deberá decidir un eventual conflicto efectuando una ponderación en base a ciertos criterios que no nos corresponde desarrollar aquí en detalle, pero que como es sabido tienen que ver con a) la intangibilidad del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales el cual no puede en ningún caso verse afectado por tal ponderación, b) la exigencia de justificación de la limitación del derecho, lo que se relaciona con la razonabilidad de la limitación y c) la debida proporcionalidad al hacerlo.[96] Los resultados de la ponderación no pueden ser aplicados a toda circunstancia en abstracto, sino que siempre se tratará de decidir en cada caso particular cuál de los bienes en conflicto resulta más necesario, relevante o justificado que sea preservado. La cuestión aquí no reside en cuál de los dos bienes resulta anulado, sino en cuál de los dos coadyuva mejor a la preservación esencial del bien constitucional.

6. Suspensión de la libertad de religión en casos excepcionales

El artículo 27 de la CADH menciona que existen ciertos supuestos (la guerra, el peligro público y otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte) en los que se puedan suspender las libertades y garantías de la Convención. Pero se manifiesta expresamente que la libertad de religión no es una de ellas y por lo tanto su ejercicio no puede ser suspendido ni tampoco los recursos judiciales que existan para defenderla.

VIII. Inciso 4: derecho de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones

A diferencia de los tres primeros incisos del artículo 12 de la Convención, el cuarto relativo a la educación religiosa y moral no recabó precisamente mucho consenso durante los trabajos preparatorios de la CADH. Allí se puso de manifiesto que la primera versión del artículo 11 del proyecto relativa a libertad de religión y de conciencia no incluía el actual inciso 4º sobre el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones. Eso motivó que el Gobierno de Chile observara dicha omisión señalando que había consenso para que también el futuro tratado regional lo contemplara visto que el Pacto de Naciones Unidas ya lo hacía.[97] Puesto nuevamente a consideración el artículo 11

[95] Informe del Relator de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 55.

[96] Proporcionalidad que a su vez se descompone en otros cuatro elementos: “Primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho”. *Ibid*, p.78.

[97] Observaciones del gobierno de Chile al proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos.. Doc.7, 26 de septiembre de 1969. En: Conferencia Especializada Interamericana sbre Derechos Humanos. . OEA/Ser.K/XVI/1.2., página 39.

con el nuevo texto, esta vez fue el Gobierno de México el que puso reparos.

Antes de la lectura del texto, México se adelantó a recordar una reserva puesta de manifiesto con anterioridad en la que señalaba que no podría aprobar ningún artículo convencional que fuera en contra de su propia Constitución,[98] en obvia referencia a la educación religiosa ya que en México la escuela es laica. Puestos a votación cada uno de los cuatro incisos, los tres primeros fueron aprobados con facilidad. Al leerse el cuarto, varias delegaciones solicitaron el uso de la palabra.

El Delegado de Chile propuso el derecho a que los hijos reciban educación moral y religiosa de acuerdo a sus convicciones. El Delegado de Colombia discrepó pues eso obligaría a que el Estado pagara dicha educación, el Delegado de Honduras manifestó preocupación por las repercusiones políticas de dicho inciso y el Presidente de la sesión defendió el inciso señalando que solamente los países totalitarios no reconocían tal derecho. Finalmente se aprobó, y el informe final de los trabajos preparatorios dio testimonio de que "[e]n cuanto al derecho a la libertad de conciencia y religión, consagrado en este artículo, no hubo mayores discusiones de fondo, concretándose el debate, casi en su totalidad, a la incorporación de un cuarto párrafo que consagrará el derecho de los padres y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".[99]

México haría una última declaración al aprobarse el artículo 12 de la Convención: "[l]a delegación de México emite su voto aprobatorio por estimar que el texto no contraría las disposiciones de la Constitución, las que se refieren a limitar el culto público al interior de los templos, que están bajo la vigilancia de las autoridades, así como está sometida la disciplina externa en materia religiosa".[100]

Con dicha declaración, que escondía en realidad una reserva interpretativa al artículo 12, el texto quedaría definitivamente fijado.[101]

En cuanto al derecho de educar a los hijos en la propia concepción religiosa, la Comisión Interamericana ha observado que Cuba hubiera prohibido el acceso de las iglesias y erradicado la instrucción religiosa en el sistema educativo, con lo que se violó la libertad de religión reconocido en la DADDH.[102] En el mismo caso, la Comisión Interamericana censuró que la nacionalización de las escuelas privadas en 1961 haya supuesto la eliminación de la educación religiosa; que la supresión de feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y clases de adoctrinamiento político durante los domingos haya buscado obstaculizar la asistencia a los oficios religiosos y que existiese hostilidad contra los Adventistas del Séptimo Día por no trabajar o no enviar a sus hijos a estudiar los días sábados.

En el derecho comparado, el TEDH ha resuelto casos en los que los padres de un menor se enfrentan por cuestiones educativas –dado el cambio de religión de uno de ellos– por la custodia de los hijos deduciendo tres principios para resolver: primero el de continuidad, según el cual no es razonable cambiar la orientación religiosa o ideológica en la que viene siendo educado el menor si no existe una justificación para ello;[103] segundo el de tutela de la salud del menor, por el que se prohíbe la modificación de la formación religiosa del menor cuando ésta pueda acarrear peligro para su salud o

98 Acta de la Octava Sesión de la Comisión I (versión resumida) Doc.48, 15 de noviembre de 1969. En: Conferenca Especializada Interamericana. En: CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.K/XVI/1.2., página 211.

99 Informe del Relator de la Comisión I., "Materia de Protección". Doc.60 Corr., 19 de noviembre de 1969. En: Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K/XVI/1.2., página 298.

100 Acta de la Segunda Sesión Plenaria (Resumida). Doc.86, 22 de noviembre de 1969, pág.444.

101 Posteriormente dicha reserva quedaría sin efecto por causa de la modificación de la Constitución Política de México en enero de 1992.

102 Comisión IDH, Informe de País - Cuba 1983 - Capitulo VII, párr. 32.

103 Decisión 2648/65 en el caso X contra Holanda. Citado en *ibid*,p.133.

su desarrollo armónico;[104] y finalmente, el de respeto a la voluntad del menor, cuando éste ya tiene un suficiente grado de madurez.[105]

IX. Conclusión

La libertad de religión y de conciencia del artículo 12 de la Convención Americana de derechos Humanos ha tenido un desarrollo jurisprudencial modesto, expresado básicamente en tres sentencias de la Corte Interamericana (Última Tentación de Cristo, Moiwana y Masacre Plan de Sánchez) de las cuales dos se vinculan a dicha libertad de manera indirecta a través del derecho indígena a la identidad cultural y una hace referencia directa a ella pero sin aportar grandes desarrollos conceptuales. Otro es el panorama en las decisiones de la Comisión Interamericana que mayoritariamente han aplicado el artículo III de la DADDH donde sí encontramos aportes sustanciales destacando entre ellos el del caso 12.219 de Cristian Daniel Sahli Vera y otros contra Chile en el cual se realiza un extenso y prolijo análisis del derecho a la objeción de conciencia en el derecho internacional de los derechos humanos.

Esto no quiere decir que el artículo III de la DADDH tenga más potencialidades de protección que el artículo 12 de la CADH, de ninguna manera. Se trata sencillamente de que la Comisión IDH ha tenido más oportunidades de pronunciarse sobre vulneraciones alegadas a la libertad religiosa debido a su carácter de filtro o instancia previa a la Corte Interamericana, órgano al cual no llegan todos los casos conocidos por la Comisión.

Sin embargo, existen interesantes posibilidades de desarrollo ulterior de la libertad de religión a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del TEDH, a juzgar por los conflictos entre la progresiva secularización del Estado y las normas jurídicas, versus la conservación de la conciencia religiosa de ciudadanos y ciudadanas. Es cuestión de tiempo que la jurisdicción supranacional interamericana desarrolle igualmente su propia jurisprudencia.

[104] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Eriksson contra Suecia, 22 de junio de 1989. Citado en *ibid.*

[105] Decisión 3110/76 en el caso X contra la República Federal de Alemania. Citado en *ibid.*

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

Artículos y publicaciones académicos

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09, Washington D.C., 2009.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.1/09, Washington D.C., 2009.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión incluyente, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.3/09, Washington D.C., 2009.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). La libertad de expresión en las Américas: Los cinco primeros informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1994, Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., Washington D.C., 1995.

AGUIAR, Asdrúbal. *La libertad de expresión y prensa, Jurisprudencia Interamericana (1987-2009).* Sociedad Interamericana de Prensa (SIP). Colección Chapultepec. Miami, 2009.

Asociación por los Derechos Civiles. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Buenos Aires, 2008.

BERTONI, Eduardo (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Libertad de expresión y Derecho Penal en América Latina.* Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010.

BERTONI, Eduardo. *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression.* En *European Human Rights Law Review* (EHRLR) Issue 3, 2009.

BERTONI, Eduardo y J. ZELADA, Carlos, *Sin participación ni información: La libertad de expresión desde la perspectiva de los derechos de las mujeres.* En *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, San José, 2009.

BERTONI, Eduardo. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, 2ª. edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

BERTONI, Eduardo. *Libertad de expresión en el hemisferio: Nuevos desafíos.* En *Debates sobre derechos humanos y sistema interamericano*. Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), No. 1, 2005.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México D.F., 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y GONZA, Alejandra, *La Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. México D.F., 2007.

VOORHOOF, Dirk. *Freedom of Expression under the European Human Rights System. From Sunday Times (n° 1) vs. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés ("Ici Paris") vs. France (2009).* En: Y. HAECK, Héctor Olásolo, VERVAELE, John y ZWAAK, Leo (eds.), *Inter-American and European Human Rights Journal*, Issue 2009/1-2, 2010.

Índice

I. Introducción

El panorama ha cambiado. Hasta hace cerca de una década y media, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (en adelante, "derecho a la libertad de expresión" o "libertad de expresión") había sido escasamente tratado en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin pretender exagerar indebidamente, la jurisprudencia del tribunal en torno al artículo 13 de la CADH ha crecido de manera tal en los últimos años que hoy nos presenta marcadas tendencias sobre un variado abanico de temas específicos. Son esas líneas desde la jurisprudencia las que abordaremos en este comentario.

Hasta principios de este siglo, la Corte Interamericana se había referido específicamente al artículo 13 de la Convención Americana tan sólo en la famosa Opinión Consultiva OC-5/85 (en adelante, "OC-5/85"), emitida con ocasión de una interrogante presentada por Costa Rica en cuanto a la compatibilidad del derecho a la libertad de expresión con la colegiación obligatoria de periodistas.[1] Quienes buscábamos entender el contenido del referido artículo, estábamos obligados, en aquella época, a remitirnos siempre a esa opinión consultiva. Y si bien para entonces la labor del otro órgano de protección del sistema en las Américas, la Comisión IDH, era ya mucho más abundante en la materia,[2] lo cierto es que no fue hasta 2001 que la Corte Interamericana empezó a emitir sentencias, o lo que es igual, a decidir propiamente "casos" en torno al artículo 13 de la Convención Americana. Dicho de otra manera, fue solamente a partir de entonces que el tribunal tuvo finalmente la oportunidad de abordar los reclamos de víctimas concretas que consideraban vulnerado su derecho a expresarse libremente.

La Corte Interamericana decidió sus dos primeros casos contenciosos sobre el artículo 13 de la Convención Americana en 2001 (*"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*[3] e *Ivcher*

[1] Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

[2] Como parte de dicho proceso, la Comisión Interamericana creó, en 1997, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La Relatoría Especial es una oficina de carácter permanente, con estructura operativa propia y con independencia funcional, que opera dentro del marco jurídico de la Comisión IDH. Buena parte de la labor que referimos se encuentra integrada en la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión", preparada por la Relatoría Especial y aprobada por la Comisión Interamericana en 2000. Asimismo, la Comisión Interamericana publicó en 2009 el denominado "Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión". Ambos documentos se encuentran disponibles en: http://www.cidh.org/relatoria.

[3] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Bronstein[4]). En 2004 otros dos (*Herrera Ulloa*[5] y *Ricardo Canese*[6]). En 2005 sumó un caso más (*Palamara Iribarne*[7]) y otro en 2006 (*Claude Reyes y otros*[8]). A mediados de 2008 otra decisión se agregó a las anteriores (*Kimel*[9]). En 2009 la Corte Interamericana emitió sentencias sobre cuatro nuevos casos (*Tristán Donoso,*[10] *Ríos y otros,*[11] *Perozo y otros*[12] y *Usón Ramírez*[13]). Finalmente, en 2010 y 2011 se añadieron dos decisiones más (*Gomes Lund y otros*[14] y *Fontevecchia y D'Amico*[15]). Para quien se haya perdido en la suma: ningún caso contencioso específico sobre libertad de expresión había sido resuelto en el siglo pasado. A la fecha de este comentario va ya poco más de una docena.[16]

Ahora bien, si decimos que un hecho de la realidad vulnera la libertad de expresión, esa afirmación tiene como antecedente conocer el contenido de ese derecho. Una manera de comprender dicho contenido es a través de una aproximación normativa: la libertad de expresión es lo que el artículo 13 de la Convención Americana dice que es. ¿Y quién está autorizado a hacer esa interpretación?: la Corte Interamericana. Por ejemplo, si se prohíbe una protesta social en la vía pública, ¿se viola la libertad de expresión? Podemos dar muchas respuestas, pero lo cierto es que la Corte Interamericana aún no la ha dado, como sí la ha dado para otro tipo de situaciones. Por ejemplo, si una persona es condenada penalmente por el delito de desacato, ello constituye una violación de la libertad de expresión porque el tribunal así lo ha dicho al hacer la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana.

En este comentario examinaremos los aspectos medulares de las decisiones de la Corte Interamericana que hemos mencionado. Para ello, hemos decidido agruparlas en función a cinco ejes temáticos: (1) la prohibición de la censura previa, (2) los medios indirectos de violación de la libertad de expresión, (3) el derecho de acceso a la información, (4) la imposición de responsabilidades ulteriores a través de la difamación criminal y el desacato, y (5) la imposición de responsabilidades ulteriores a través de las sanciones civiles.

---

4 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

5 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

6 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

7 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

8 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros.* Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

9 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

10 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

11 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

12 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

13 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

14 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

15 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

16 Existen otros casos donde el artículo 13 de la Convención Americana también ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Interamericana. Sin embargo, no es menos cierto que esos casos están referidos principalmente a violaciones a otros derechos y el tratamiento de la libertad de expresión no es el centro del análisis. Ver: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012; y Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.

Antes de ello, sin embargo, haremos una breve referencia al aporte de la OC-5/85, que es donde, en realidad, todo este desarrollo jurisprudencial se inicia. Finalmente, nuestro comentario al artículo 13 de la Convención Americana cierra con una reflexión en cuanto a los temas pendientes en la agenda para la libertad de expresión en las Américas y que, esperamos, puedan ser también abordados por la jurisprudencia futura de la Corte Interamericana.

II. La Opinión Consultiva OC-5/85

La OC-5/85 tuvo la virtud de responder mucho más allá de la consulta que Costa Rica le había planteado al tribunal interamericano. Como es conocido, en nuestro sistema regional la Corte Interamericana puede ejercer su competencia consultiva cuando los Estados formulan preguntas, por ejemplo, en cuanto a la compatibilidad de su legislación con la Convención Americana. Es por ello que en 1985 Costa Rica consultaba al tribunal sobre la compatibilidad de las leyes que obligaban a los periodistas a colegiarse para ejercer su trabajo.

La Corte Interamericana determinó que esas leyes violaban la libertad de expresión. Para llegar a esa respuesta, el tribunal dejó para la posteridad un análisis del artículo 13 que ha sido retomado en cada una de las decisiones que le siguieron. Así, es importante destacar dos pilares básicos para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana que fueron construidos en esta decisión: el primero, al que llamaremos el “estándar democrático”; el segundo, el denominado “estándar de las dos dimensiones”.

A través del “estándar democrático”, la Corte Interamericana propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En efecto, sin libertad de expresión no hay una democracia plena, y sin democracia, la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos en un serio peligro. En palabras de la Corte Interamericana:

> La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...]. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.[17]

Por otra parte, el “estándar de las dos dimensiones” postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo. En tal sentido, el texto de la OC-5/85 establece lo siguiente:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Tal como señaló la Corte Interamericana, se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, éste requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[18]

---

[17] Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 1, párr. 70.

[18] *Ibidem*, párr. 30.

III. La prohibición de la censura previa

Pasados poco más de quince años de la OC-5/85, la Corte Interamericana emitió sentencia en el caso *"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. La decisión está relacionada con el rechazo a la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" por parte de instancias administrativas y judiciales chilenas. Los fundamentos de las autoridades estaban sustentados en la Constitución nacional y en diversas normas reglamentarias internas. El artículo 19 inciso 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 –vigente durante la época del litigio– establecía, por ejemplo, un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

En su fallo, el tribunal declaró que la prohibición para la exhibición de la película era contraria al artículo 13 de la Convención Americana. De la decisión de la Corte Interamericana podemos rescatar dos cuestiones. La primera está vinculada con la aclaración explícita por parte del tribunal en torno a la prohibición de la censura previa en el marco del sistema interamericano. La segunda, con la afirmación de que las vulneraciones a la libertad de expresión pueden provenir de cualquier poder del Estado, inclusive de la judicatura.

En relación al primer aspecto, y reafirmando conceptos ya sostenidos en la OC-5/85, la Corte Interamericana fue más allá al decir que:

> el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. *En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.*[19]

Nótese la fuerza de esta última frase para sostener que, para la Corte Interamericana, la prohibición de la censura previa es prácticamente absoluta.

En cuanto al segundo aspecto, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

> la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. *Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.* En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.[20]

Por otra parte, citando al TEDH, la Corte Interamericana afirmó que los mecanismos de protección de la libertad de expresión alcanzaban:

> no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una "sociedad democrática".[21]

---

[19] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile,* supra nota 3, párr. 70. El resaltado es nuestro.

[20] *Ibidem,* párr. 72. El resaltado es nuestro.

[21] *Ibidem* párr. 69. Las decisiones a las que se hacía alusión eran las siguientes: Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 49; Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrs. 59 y 65; Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. 55; Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, párr. 41; Eur. Court H.R Müller and Others judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, párr. 33; y Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut vs. Austria judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, párr. 49.

Cabe señalar que Chile llevó adelante una serie de modificaciones legislativas dirigidas a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana. Así, en la etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia, el Estado informó que el Congreso había aprobado un proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica. Esta última sería sustituida además por un sistema de calificación regulado por ley. Al respecto, Chile informó al tribunal de la aprobación de la Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica.

Esta norma establecía un sistema de evaluación basado en edades destinado a orientar a la población adulta sobre los contenidos de la producción cinematográfica, sin dejar de proteger a la infancia y a la adolescencia. La película "La Última Tentación de Cristo" quedó comprendida así dentro de la categoría "para mayores de 18 años".

La empresa encargada de la distribución de la película en Chile pudo finalmente difundir la cinta en marzo de 2003. La primera solicitud para su exhibición se había realizado en 1988.

IV. Los medios indirectos de violación de la libertad de expresión

Al día siguiente de la decisión en *"La Última Tentación de Cristo"*, la Corte Interamericana emitió su fallo en el *Caso Ivcher Bronstein*. En dicha sentencia, la Corte Interamericana abordó una situación fáctica que la llevó a determinar la importancia, el contenido y la manera de identificar los medios indirectos de violación de la libertad de expresión.

El artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Si bien es cierto que la Convención Americana establece explícitamente que no puede limitarse la libertad de expresión a través de medios indirectos, en ocasiones la determinación de la existencia de un medio indirecto idóneo que limite la libertad de expresión puede ser bastante complicado. En *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana nos dió algunas pautas para su identificación retomando algunos estándares ya establecidos. Así, en la Opinión Consultiva OC-5/85, el Tribunal había apuntado que:

> Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido.[22]

En la misma opinión consultiva, la Corte Interamericana distinguió además entre supresiones "radicales" y "no radicales" del derecho a la libertad de expresión. En cuanto a las primeras, el tribunal indicó que:

> En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.[23]

[22] Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 1, párr. 53.

[23] *Ibidem*, párr. 54.

Y en cuanto a aquellas supresiones "no extremas", el tribunal sostuvo que:

> La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.[24]

Sin embargo, para entonces, la Corte Interamericana no había tenido la oportunidad de emitir concretamente alguna sentencia en torno a aquellas medidas calificadas como "no extremas" o, como mejor podemos denominar, "indirectas".

En el *Caso Ivcher Bronstein,* el peticionario (y a la vez, presunta víctima) era un ciudadano peruano por naturalización que era accionista mayoritario de un canal de televisión. Para 1997, la legislación de dicho país exigía que los propietarios de los medios de comunicación sean de nacionalidad peruana. El medio de comunicación del cual Ivcher era accionista mayoritario transmitía un programa periodístico que realizaba fuertes críticas al gobierno de entonces, incluyendo la emisión de reportajes sobre abusos, torturas y actos de corrupción cometidos por el Servicio de Inteligencia Nacional. Como consecuencia de estos informes, el Estado revocó la ciudadanía peruana al peticionario y le quitó el control del canal para entregárselo a los accionistas minoritarios. La línea editorial del medio dejó entonces de ser crítica del gobierno. Ivcher presentó una denuncia ante la CIDH que fue finalmente enviada ante el tribunal en Costa Rica.

En su decisión, la Corte Interamericana reafirmó el "estándar de las dos dimensiones" del derecho a la libertad de expresión, pero indicó además que:

> es fundamental que los periodistas que laboran en [los] medios [de comunicación] gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.[25]

Asimismo, el tribunal clarificó el criterio para la distinción entre restricciones legítimas e ilegítimas del derecho a la libertad de expresión, al señalar que:

> Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, *sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron.*[26]

Fue por ello que en el *Caso Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana sostuvo que:

> En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana.[27]

Y añadió que,

> Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó

---

[24] *Ibidem,* párr. 55.
[25] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,* supra nota 4, párr. 150.
[26] *Ibidem,* párr. 154. El resaltado es nuestro.
[27] *Ibidem,* párr. 162.

también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.[28]

En 2009 la Corte Interamericana conoció dos nuevos casos que invocaban la utilización de medios indirectos para la restricción de la libertad de expresión. En *Ríos y otros* así como en *Perozo y otros*, la Comisión Interamericana alegó ante el tribunal que los periodistas y trabajadores de dos canales de televisión venezolanos (RCTV, en el *Caso Ríos y otros*; y Globovisión, para el *Caso Perozo y otros*) habían sido víctimas de diversos actos de agresión y amenaza por parte de particulares, inclusive con armas de fuego, y que las sedes de ambos medios de comunicación habían sido objetos de ataques. La CIDH sostuvo que en ambos casos el Estado no cumplió con su deber de debida diligencia en la investigación y prevención de estos hechos.

Si bien la Corte Interamericana encuadró buena parte de su análisis de los hechos en la configuración de presuntas violaciones de los artículos 13.1 y 5.1 de la Convención Americana, sobre al artículo 13.3 el tribunal sostuvo que no debía perderse de vista que su listado de “medios indirectos” no era taxativo y que no impedía considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas como las derivadas de las nuevas tecnologías.[29]

El tribunal señaló además que la responsabilidad del Estado por restricciones o vías indirectas podía provenir también de actos de particulares cuando el Estado omitiera su deber de garantía considerando la previsibilidad de un riesgo real o inmediato, o cuando éste dejara de cumplir con su deber de protección.[30] Estas restricciones, de acuerdo con la Corte Interamericana, podían darse inclusive cuando de ellas no se derivase una ventaja para los funcionarios públicos que las provocan o toleran, pero siempre y cuando “la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.[31]

En ambos casos, la Corte Interamericana examinó una serie de declaraciones emitidas por altas autoridades del Estado “bajo circunstancias de alta polarización política y conflictividad social en Venezuela” para señalar que, en el contexto de vulnerabilidad descrito, algunas de estas expresiones “pudieron ser percibidas como amenazas y provocar un efecto amedrentador, e incluso autocensura, en las presuntas víctimas, por su relación con [los] medio[s] de comunicación aludido[s]”.[32]

En ambas sentencias, sin embargo, el tribunal concluyó –diríamos que sorpresivamente– que los efectos de tales pronunciamientos guardaban relación tan sólo con los artículos 1.1 y 13.1 de la Convención Americana, sin ser suficientes para configurar una violación de su artículo 13.3.[33]

---

[28] *Ibidem*, párr. 163.

[29] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, supra nota 11, párr. 340; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, supra nota 12, párr. 367.

[30] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, supra nota 11, párrs. 107-110 y 340; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, supra nota 12, párrs. 118-121 y 367.

[31] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, supra nota 11, párr. 340; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, supra nota 12, párr. 368.

[32] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, supra nota 11, párr. 341; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuel*a, supra nota 12, párr. 369.

[33] En ambos casos, el tribunal indicó que “la obstrucción, obstaculización y amedrentamiento para el ejercicio de las labores periodísticas de las presuntas víctimas, expresadas en ataques o puesta en riesgo de su integridad personal, que en los contextos de los referidos pronunciamientos de altos funcionarios públicos y de omisión de las autoridades estatales en su deber de debida diligencia en las investigaciones”, solamente constituyeron violaciones de la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana respecto a los artículos 13.1 y 5.1 del mismo instrumento. Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, supra nota 11, párrs. 334 y 416; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, supra nota 12, párrs. 362 y 426.

V. El derecho de acceso a la información

En las sentencias de los *Casos Claude Reyes y otros* y *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, la Corte Interamericana ya no se refirió a la formulación clásica del artículo 13 de la Convención Americana (en términos de la libertad de expresión) y sostuvo más bien la existencia de un nuevo derecho humano.

En concreto, en el *Caso Claude Reyes y otros* la Corte Interamericana afirmó que:

> el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.[34]

En el caso, las víctimas habían solicitado a un ente de derecho público la información relacionada con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, y que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que podía tener.[35] La información requerida fue considerada por la Corte Interamericana como de interés público ya que "dicho pedido […] guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal".[36] Lo solicitado consistía en siete puntos, tres de los cuales no fueron respondidos por el Estado. Esta negativa generó el reclamo en la jurisdicción local la cual, una vez agotada, habilitó la instancia internacional.

Esta decisión del tribunal en Costa Rica es considerada histórica por muchas organizaciones de derechos humanos, dado que la Corte Interamericana se convirtió en el primer tribunal internacional en afirmar que el acceso a la información constituye un derecho fundamental.

Pero la Corte Interamericana no sólo interpretó que el acceso a la información es un derecho garantizado por la Convención Americana. Además, el tribunal nos entregó algunas pautas sobre este derecho que habían sido formuladas anteriormente por la Comisión IDH y por organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, el tribunal dispuso que la información "deb[ía] ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal".[37] También estableció "el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones".[38] Asimismo, el tribunal reconoció que este derecho puede admitir restricciones, pero que éstas:

> deb[ían] estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.[39]

Sobre este último aspecto, la Corte Interamericana aclaró que:

> la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones

[34] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, supra nota 8, párr. 77.
[35] *Ibidem,* párr. 73.
[36] *Ibid.*
[37] *Ibidem,* párr. 77.
[38] *Ibidem,* párr. 92.
[39] *Ibidem,* párr. 89.

necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".[40]

En cuanto a ese punto, el tribunal explicó que "las restricciones que se impongan deb[ían] ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo"[41] y que la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encontraba en manos del Estado.[42] En otras palabras, toda limitación que impida a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a la información debía sujetarse a un control en el marco del *test* de proporcionalidad.

En el trámite del proceso, la Corte Interamericana valoró positivamente el hecho de que "Chile ha[bía] realizado importantes avances en materia de consagración normativa del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, que inclu[ían] entre otros una reforma constitucional, y que […] se enc[ontraba] en trámite un proyecto de ley sobre dicho derecho". Sin embargo, el tribunal entendió que el Estado, de acuerdo a lo previsto por el artículo 2 de la Convención Americana, debía ir más allá y "adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales deb[ía] garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados".[43]

En relación con este último punto, la Corte Interamericana ordenó al Estado, *inter alia*, realizar "la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información".[44]

Posteriormente, en el *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, la Corte Interamericana retomó el tema del derecho de acceso a la información, pero esta vez en un contexto muy distinto al del *Caso Claude Reyes*. En *Gomes Lund*, una decisión referida a la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de decenas personas como resultado de operaciones del ejército brasileño durante la dictadura militar, la CIDH presentó, entre otros, un alegato en cuanto a la afectación del derecho de acceso a la información que habían sufrido los familiares de las víctimas.

En esta sentencia el tribunal reiteró por completo su jurisprudencia en el *Caso Claude Reyes*. Pero en *Gomes Lund* la Corte Interamericana fue más allá y estableció que en *Casos de violaciones a los derechos humanos, las autoridades estatales no podían alegar mecanismos como el secreto de Estado, la confidencialidad de la información o razones de interés público o de seguridad nacional, para no aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas a cargo de la investigación de tales hechos*. En tal sentido, el tribunal sostuvo que cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y negar su entrega, o la de determinar si la documentación existe, jamás puede depender exclusivamente del órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito.[45]

Finalmente, la Corte Interamericana concluyó que el Estado no podía ampararse en la falta de prueba de la existencia de documentos solicitados por las víctimas o sus familiares sino que, por el contrario, debía fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que había adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. En palabras del Tribunal:

---

[40] *Ibidem*, párr. 90.
[41] *Ibidem*, párr. 91.
[42] *Ibidem*, párr. 92.
[43] *Ibidem*, párr. 163.
[44] *Ibidem*, párr. 165.
[45] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, supra nota 14, párr. 202.

> El Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso.[46]

VI. La imposición de responsabilidades ulteriores a través de la difamación criminal y el desacato

Nos referiremos ahora a las responsabilidades que surgen de los procesos penales, ya sea por delitos de difamación criminal (calumnias o injurias) o por el delito de desacato. Las decisiones en estos casos se fundan, en mayor o menor medida, en criterios tomados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también anunciados desde la OC-5/85. En resumen, para la Corte Interamericana, la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores por el presunto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión sólo es admisible cuando su imposición sea "necesaria en una sociedad democrática". En palabras del tribunal, esto quiere decir que:

> la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.[47]

1. Los delitos de difamación criminal

La primera sentencia de la Corte Interamericana en materia de difamación criminal fue *Herrera Ulloa.* El caso estaba referido al proceso y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y a la sanción civil recibida por éste último y Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del periódico "La Nación" de Costa Rica, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos diarios europeos referentes a supuestas actividades ilícitas de Félix Przedborski. En la época de dichas publicaciones, Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de cónsul *ad honorem.* Cuatro de los artículos publicados en el periódico fueron objeto de dos querellas interpuestas por Przedborski, lo cual di lugar a un fallo condenatorio que declaró a Herrera Ulloa como autor de cuatro delitos de "publicación de ofensas en la modalidad de difamación" con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico "La Nación" como responsable civil solidario.

Al emitir su sentencia, la Corte Interamericana adelantó que no analizaría si las notas periodísticas publicadas constituían un delito determinado de conformidad con la legislación costarricense, sino más bien si a través de las condenas penal y civil (y sus consecuencias) impuestas al señor Mauricio Herrera

[46] *Ibidem,* párr. 211.

[47] Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* supra nota 1, párr. 42.

Ulloa, el Estado había vulnerado el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. Al resolver la cuestión de fondo, la Corte Interamericana señaló así que:

> las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.
>
> […] el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.[48]

Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que culminó con una sentencia condenatoria en la que el juez local, aplicando el Código Penal de Costa Rica, sostuvo que el periodista debía ser condenado dado que no había logrado demostrar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos a Przedborski. A lo largo de proceso interno, Herrera Ulloa solamente había logrado demostrar que "el querellante [había sido] cuestionado a nivel periodístico en Europa".[49] Para la Corte Interamericana, esta exigencia "entraña[ba] una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención"[50] toda vez que "produc[ía] un efecto disuasivo, atemorizador e inhibidor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, imp[edía] el debate público sobre temas de interés de la sociedad".[51]

La Corte Interamericana entendió que el Estado había vulnerado el artículo 13 de la Convención Americana, pues la restricción impuesta al ejercicio de la libertad de expresión de Herrera Ulloa había excedido el estándar contenido en dicha norma.

La decisión de la Corte Interamericana tuvo un fuerte impacto en la jurisdicción interna, ya que, una vez notificada al Estado el tribunal costarricense que había impuesto la condena penal acordó revocarla, junto a sus efectos, para dar cumplimiento al fallo internacional.

La segunda sentencia sobre difamación criminal decidida por la Corte Interamericana fue la del *Caso Ricardo Canese*. Canese fue procesado y condenado por el delito de difamación como consecuencia de varias expresiones formuladas en 1992 cuando era candidato a la presidencia de Paraguay. Sus declaraciones cuestionaban a otro candidato, Juan Carlos Wasmosy, al cual se calificaba como testaferro o "prestanombre" de la familia del dictador Stroessner en una empresa. Algunos de los socios de dicha empresa presentaron una querella criminal en contra de Canese por los delitos de calumnias e injurias. Canese fue condenado en primera instancia en 1994. Apeló y la sentencia fue confirmada en 1997, imponiéndosele una pena de dos meses de penitenciaría y una multa. Como consecuencia del proceso penal, fue sometido a restricciones de salida del país por más de 8 años. El 11 de diciembre de 2002, con posterioridad a la interposición de la demanda ante la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Justicia acogió un recurso de revisión interpuesto por Canese en el que se ordenó anular todas las sentencias en su contra. La sentencia de la Corte Interamericana destacó la importancia de esta decisión de la Suprema Corte paraguaya, pero hizo notar que:

---

[48] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, supra nota 5, párrs. 128-129.

[49] *Ibidem*, párr. 132. En efecto, durante el proceso penal interno, Herrera Ulloa había apelado al uso de la "exceptio veritatis" como medio de defensa frente a la acusaciones en su contra.

[50] *Ibidem*, párr. 132.

[51] *Ibidem*, párr. 133.

> los hechos generadores de las violaciones alegadas se cometieron durante el proceso penal seguido en contra de la presunta víctima hasta la emisión de la sentencia absolutoria el 11 de diciembre de 2002. La Corte debe recordar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la Convención Americana, tal como el presente que se inició en el sistema interamericano en julio de 1998. *Es por ello que la sola emisión de las mencionadas decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en agosto y diciembre de 2002 no pueden ser consideradas por la Corte como elementos para dejar de conocer sobre las alegadas violaciones a la Convención Americana supuestamente ocurridas con anterioridad a su emisión.*[52]

Al referirse al artículo 13 de la Convención Americana, la Corte Interamericana repasó las dos dimensiones que engloba el derecho en cuestión y resaltó, una vez más, el "estándar democrático" al que hemos hecho referencia líneas atrás. En conexión con esto último, el tribunal hizo una novedosa valoración con relación a las expresiones vertidas durante períodos electorales:

> en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.[53]

Además, el tribunal sostuvo que era indispensable que:

> se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.[54]

La valoración que hizo la Corte Interamericana respecto del proceso penal y la sentencia contra Canese vino a reforzar y consolidar la línea jurisprudencial iniciada con el *Caso Herrera Ulloa*. En primer lugar, la Corte Interamericana hizo referencia a las restricciones permitidas en una sociedad democrática, para lo cual se valió del parámetro de "necesidad" elaborado en la OC-5/85. En segundo lugar, destacó el mayor margen de tolerancia que debe existir frente a las afirmaciones y apreciaciones vertidas en el debate político o sobre cuestiones de interés público[55] y, conectado con ello, explicó que *las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas particulares que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público.* La consecuencia de lo anterior fue el insistir, como lo había hecho en *Herrera Ulloa*,

---

[52] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, supra nota 6, párr. 71. El resaltado es nuestro.
[53] *Ibidem*, párr. 88
[54] *Ibidem*, párr. 90.
[55] *Ibidem*, párr. 97.

sobre el diferente umbral de protección que gozan ciertas personas, no por sus cualidades personales, sino por lo que pueden involucrar las expresiones que sobre ellas se hacen:

> tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.[56]

Así, en *Herrera Ulloa* la Corte Interamericana ya había establecido que "las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deb[ía] n gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático".[57]

Sobre estas bases, la Corte Interamericana estimó que, en el proceso contra Canese, los tribunales paraguayos debieron tomar en consideración el contexto de campaña electoral en el cual se habían producido las declaraciones, "ponderando el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública".[58] A renglón seguido, el tribunal realizó su conclusión más importante:

> El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana.
>
> […] Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario.[59]

Es importante destacar que en estas dos sentencias de la Corte Interamericana se comenzó a delinear el argumento que pone en duda la utilización del derecho penal para imponer responsabilidades ulteriores a expresiones que pudieran afectar el honor de los funcionarios públicos.[60] Algunos años después, en el

---

[56] *Ibidem,* párr. 103.

[57] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, supra nota 5, párrs. 128 y 129.

[58] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay,* supra nota 6, párr. 105.

[59] *Ibidem,*.párr. 106 y 107. Nótese que en Ricardo Canese, a diferencia de lo dicho en Herrera Ulloa, la Corte Interamericana pone también el acento en la falta de proporcionalidad del proceso penal mismo y no sólo en la sanción que de éste se derivaba.

[60] En Herrera Ulloa, el entonces presidente del Tribunal, Sergio García Ramírez cuestionó en su voto concurrente: "¿si era necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema […] recurrir a la solución penal, o basta[ba] con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo[?]". Esta pregunta, la siguió con una contundente apreciación teórica: "[...] es preciso recordar que, en general -y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso-, prevalece

Caso Kimel, la Corte Interamericana también invalidó la sentencia penal dictada contra un periodista como consecuencia de expresiones por las que un funcionario público se sintió afectado.

Sin embargo, en *Kimel*, la Corte Interamericana dió un paso más: *consideró que la tipificación penal de estos delitos era poco específica y que violaba el principio de legalidad que ordena que los elementos de los delitos estén claramente descritos en la ley.* Los delitos de calumnias e injurias, al ser violatorios del principio de legalidad, no pueden ser admitidos válidamente como responsabilidades ulteriores en el marco de la Convención Americana: por ello, el tribunal consideró que la legislación penal –en el caso, la argentina– debía ser modificada.

El avance es evidente: en *Kimel*, la Corte Interamericana impulsa la modificación legislativa en Argentina de los delitos de calumnias e injurias, lo que no había hecho ni en *Herrera Ulloa* ni en *Canese*. Vale destacar que los tipos penales de Argentina no diferían sustancialmente de sus pares de Costa Rica y Paraguay.

A pesar de ese avance, la Corte Interamericana introdujo en *Kimel* un desafortunado párrafo donde parece alejarse de la tendencia despenalizadora de los delitos de calumnias e injurias. El párrafo 78 de la sentencia muestra la evidente tensión al interior del tribunal entre el voto concurrente del juez García Sayán y el del juez García Ramírez.[61]

Mientras el último era consecuente con lo que había expresado en sus votos anteriores,[62] el juez García Sayán desarrolla en su razonamiento la idea de que en ciertas ocasiones las sanciones penales pueden ser impuestas, sin violar la Convención Americana, como consecuencia de expresiones que pudieran dañar el honor de los funcionarios públicos.

Si este fuera el criterio de la Corte Interamericana, podría entrar en franca contradicción con lo que el propio tribunal decidió en *Kimel*, esto es, que los delitos de calumnias e injurias, como se encuentran tipificados en Argentina, vulneraron el principio de legalidad. Por ello, decíamos antes que el párrafo 78 es desafortunado, aunque puede ser leído de manera coherente con el resto de la decisión, y entenderse que la Corte Interamericana allí se refiere a otras expresiones no vinculadas con ataques contra el honor, donde las sanciones penales pudieran tener cabida como consecuencia de tales expresiones (por ejemplo, las que hace referencia el artículo 13.5 de la Convención Americana).

---

la corriente favorable al denominado Derecho penal 'mínimo', es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado -la sociedad, mejor todavía-, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente -muy gravemente- contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes". Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, supra nota 5, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrs.14-15. Estas sugerencias aparecen reflejadas –aunque no con igual claridad- en la sentencia del caso Ricardo Canese: "[...] corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita". *Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, supra nota 6, párr. 104. La pregunta en ambos casos es idéntica, y la apreciación teórica que le sigue es similar: la aplicación del derecho penal, en estos casos, resulta inadecuada.

61 Este párrafo dice: "La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático". Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 9, párr. 78.

62 Ver supra nota 60.

A inicios de 2009 la Corte Interamericana emitió una nueva sentencia sobre el tema, esta vez en el *Caso Tristán Donoso*. Santander Tristán Donoso, un abogado panameño, había sido condenado por los delitos de difamación e injuria por haber asegurado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas y las había puesto en conocimiento de terceros. La Corte Interamericana sostuvo que la difusión de las conversaciones telefónicas violó el artículo 11 de la Convención Americana en perjuicio de Santander Tristán Donoso.[63] El tribunal decidió que el Estado, al imponer una sanción penal sobre el abogado violó el artículo 13 de la Convención Americana. En el caso, la Corte Interamericana reiteró sus conclusiones de los *Casos Herrera Ulloa*, *Canese* y *Kimel* respecto a que, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público. De acuerdo con el tribunal, lo anterior se justifica, precisamente, por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública.[64]

Sin embargo, en *Tristán Donoso* la Corte Interamericana no encontró que se haya violado el artículo 2 de la Convención Americana como sí había decidido en *Kimel*. Esta conclusión, sin embargo, parece responder a las circunstancias que el propio caso presentaba. En palabras del tribunal:

> Por otra parte, no ha quedado demostrado en el presente caso que la referida sanción penal haya resultado de las supuestas deficiencias del marco normativo que regulaba los delitos contra el honor en Panamá. Por ello, el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana.
>
> Asimismo, la Corte observa y valora positivamente que, con posterioridad a los hechos que motivaron el presente caso, se introdujeron importantes reformas en el marco normativo panameño en materia de libertad de expresión.[65]

El Tribunal tampoco encontró que se haya violado el principio de legalidad del artículo 9 de la Convención Americana.

Asimismo, la Corte Interamericana sostuvo que:

> Finalmente, si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que *el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal,* en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.[66]

El argumento en cuanto al efecto inhibidor no sólo de las sanciones penales sino también de las que puedan emanar de procesos civiles tuvo un impacto positivo para futuros casos.[67] Sin embargo, la decisión del *Caso Tristán Donoso* no avanza al punto de afirmar que la aplicación de los delitos de difamación criminal sean *per se* violatorios de la Convención Americana, inclusive cuando la expresión bajo estudio esté referida a funcionarios públicos o a asuntos de interés público. En su decisión, la Corte

[63] A mayor abundamiento sobre la privacidad de las comunicaciones, véase nuestro comentario al artículo 11 de la Convención Americana en esta misma obra.
[64] Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, supra nota 10, párr. 115.
[65] *Ibidem*, párrs. 131-132.
[66] *Ibidem*, párr. 129. El resaltado es nuestro.
[67] Al respecto, véase la sección VII de este mismo comentario.

Interamericana toma como punto de partida su aproximación en las sentencias *Herrera Ulloa* y *Canese* para cuestionar el uso de leyes de difamación criminal en circunstancias similares. Al igual que en *Kimel*, sin embargo, la sentencia de la Corte Interamericana deja abierta la posibilidad para que, sujeto a ciertas condiciones, el uso de los delitos de difamación criminal sea permitido inclusive para casos que involucren a funcionarios del Estado o a expresiones sobre asuntos de interés público. Si el tribunal reconoció el efecto inhibidor de las sanciones criminales y civiles, cabría preguntarse por qué no se afirmó que los delitos de difamación criminal, al generar tal efecto, pudieran resultar incompatibles con *Caso Kimel* influenció también la sentencia en *Tristán Donoso*.

A todo esto debe añadirse lo dicho por la Corte Interamericana en el *Caso Usón Ramírez*. Francisco Usón, un militar en retiro, fue condenado en Venezuela por el delito de "injuria contra la Fuerza Armada Nacional",[68] luego de emitir opiniones críticas en un programa televisivo acerca de la actuación de dicha institución en el caso de un grupo de soldados que habían resultado gravemente heridos en una instalación militar. Al igual que en *Kimel*, la Corte Interamericana estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía con las exigencias del principio de legalidad por ser ambigua, y entendió que la aplicación del derecho penal al caso no era idónea, necesaria y estrictamente proporcional. La Corte Interamericana ordenó al Estado, entre otras medidas, dejar sin efecto el proceso penal militar contra la víctima y modificar,[69] en un plazo razonable, el tipo penal utilizado.

2. Las leyes de desacato

A diferencia de los casos sobre difamación criminal antes vistos, en la sentencia del *Caso Palamara Iribarne* la Corte Interamericana se inclina claramente por la necesidad de la derogación de los delitos de desacato.[70]

Los hechos expuestos en la demanda se referían a la prohibición de la publicación del libro de Palamara Iribarne, titulado "Ética y Servicios de Inteligencia", en el cual se abordaban aspectos relacionados "con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos; la presunta incautación de los ejemplares del libro, sus originales, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electroestática de la publicación, y todo lo efectuado en la sede de la imprenta donde éste se publicaba; así como la supuesta eliminación del texto del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio de Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio".[71] Según lo indicado por la Comisión Interamericana, "el señor Palamara Iribarne, oficial retirado de la armada chilena, se desempeñaba en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas".[72] La Comisión IDH indicó que Palamara Iribarne fue sometido "a un proceso por dos delitos de desobediencia" por los que fue condenado, y que éste "dio una conferencia de prensa producto de la cual [también] fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato".[73]

En lo que se refiere a la violación del artículo 13 de la Convención Americana, la Corte Interamericana tenía que decidir acerca de dos cuestiones: (1) Si la prohibición de censura previa que trae el artículo 13.2 tiene sólo la limitación del artículo 13.4, y (2) Si los delitos de desacato son incompatibles con el

---

68 Bajo el tipo penal establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, "[i]ncurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades". La CIDH y los representantes de la víctima sostuvieron que esta norma era en realidad una nueva formulación del delito de "desacato" o "vilipendio". La Corte Interamericana, sin embargo, evitó calificar el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar como tal. Abordaremos el tratamiento del "desacato" en el siguiente acápite de este trabajo.

69 Nótese que el tribunal ordenó modificar y no "derogar" el tipo penal en cuestión.

70 No debe perderse de vista que la sentencia en Palamara Iribarne es decidida con anterioridad al Caso Kimel.

71 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile,* supra nota 7, párr. 2.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*

artículo 13. Los argumentos del tribunal responden a esas dos cuestiones.

Respecto al primer punto, la Corte Interamericana esquivó decir claramente que la censura previa es permitida únicamente bajo los supuestos del inciso 4 del artículo 13.[74] Como se dijo más arriba, esto había sido establecido en "*La Última Tentación de Cristo*". *Palamara Iribarne* es un caso fácticamente más complejo para dilucidar los límites a la censura previa. Si un militar adquiere conocimiento de ciertos secretos relacionados con la seguridad nacional y decide publicarlos, parece claro que el Estado debería tener la potestad de impedirlo y no sólo de sancionarlo después. Por ejemplo, si durante un conflicto armado, un militar decide publicar la ubicación de las tropas o de los arsenales bélicos, es razonable que se le impida hacerlo. Sin embargo, la lectura que hasta *Palamara Iribarne* había dado la Corte Interamericana es que la censura previa es sólo admitida para los casos del inciso 4 del artículo 13, por lo que la situación del militar planteado quedaría fuera.

En *Palamara Iribarne*, la Corte Interamericana dijo que no analizaría si el militar en retiro debía guardar reserva sobre ciertos asuntos confidenciales dado que se había demostrado que su libro abordaba asuntos de interés público y que además éste no se basaba en cuestiones que él habría adquirido en razón de su cargo en la fuerza armada. La pregunta es entonces, ¿qué hubiera pasado si ésa no hubiera sido la situación?, ¿hubiera sido posible la censura previa? Nuestra opinión es que aún cuando la Corte Interamericana puede confundirnos al decir que no analizará la cuestión del deber de confidencialidad, la respuesta está en sus propias palabras cuando afirma que la violación del deber de confidencialidad puede acarrear responsabilidades posteriores sin hacer referencia a la posibilidad de restricción o censura previa.[75]

Respecto al delito de desacato, en *Palamara Iribarne* la Corte Interamericana da una interpretación final positiva y acorde con lo que venía sosteniendo la Comisión Interamericana desde 1994 en cuanto a la incompatibilidad de dichas normas con la Convención Americana.[76] Al leer la decisión, se advierte que constantemente el tribunal hace referencia "al presente caso" y a la "desproporción" de la reacción estatal. Hasta allí, los argumentos de condena por violación al artículo 13 de la Convención Americana siguen la línea de *Canese* y *Herrera Ulloa*, incluso con la cuestión del diferente umbral a aplicar en los casos de expresiones sobre interés público. Pero a partir del párrafo 89 de la decisión,[77] el tribunal gira

---

[74] *Ibid*., párrs. 72-73. En dichos párrafos, el tribunal afirmó que:
Tal como ha establecido la Corte, "la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles", por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones.
En el presente caso, para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información.

[75] *Ibidem*, párr. 77. La Corte Interamericana señaló que:
"[p]uede ocurrir que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información relativa a la institución o a las funciones que ésta realiza cuando se hubiere hecho pública. Sin embargo, en ciertos casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede generar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias. En el presente caso no se analizará el contenido del deber de confidencialidad debido a que ha quedado demostrado que para escribir el libro "Ética y Servicios de Inteligencia" el señor Palamara Iribarne había utilizado información proveniente de "fuentes abiertas".

[76] Comisión IDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[77] Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, supra nota 7, párrs. 89, 92-93. En dichos párrafos, la Corte Interamericana señaló:
La Corte estima que en el presente caso, a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la

su línea argumental y termina pidiendo a Chile la derogación del delito de desacato que subsistía en la legislación. Finalmente, la Corte Interamericana afirma que:

> al haber incluido en su ordenamiento interno normas sobre desacato contrarias al artículo 13 de la Convención, algunas aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención.[78]

El incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana no se encontró en *Herrera Ulloa, Ricardo Canese, Tristán Donoso* (y como veremos a continuación, tampoco en *Fontevecchia y D'Amico*), pero sí en *Kimel* y *Usón Ramírez*. Podemos decir que si hasta antes de *Kimel* hubieron dudas, con *Palamara Iribarne,* donde el tipo penal era el de desacato, la Corte Interamericana sin ningún titubeo solicitó la derogación.[79]

VII. La imposición de responsabilidades ulteriores a través de las sanciones civiles

Finalmente, y aunque no es un caso de imposición de sanciones penales, no podemos dejar de mencionar el precedente sentado por la Corte Interamericana en su reciente sentencia en el *Caso Fontevecchia y D'Amico*. El caso es particularmente importante porque es la primera vez que el tribunal aborda la problemática de la imposición de responsabilidades ulteriores civiles como mecanismo de restricción indebida de la libertad de expresión.

En el caso, los tribunales argentinos habían impuesto una condena civil sobre Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, director y editor, respectivamente, de la revista Noticias, como responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos en 1995 referidos, *inter alia*, a la existencia de un hijo no reconocido de Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, con una diputada, y a las relaciones tejidas a lo largo de los años entre tales personajes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que se había violado el derecho a la vida privada del alto funcionario como consecuencia de aquellas publicaciones.

justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

La Corte nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el artículo 264 del Código Penal reformado un tipo penal de "amenaza" a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes.

Además, este Tribunal observa que la modificación legislativa establecida por medio de la Ley No. 20.048 no abarcó todas las normas que contemplan el delito de desacato, ya que se conserva su tipificación en el Código de Justicia Militar. De esta forma se continúan estableciendo sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros y se contempla una protección mayor a las instituciones militares y sus miembros de la que no gozan las instituciones civiles en una sociedad democrática, lo cual no es compatible con el artículo 13 de la Convención Americana.

78 *Ibidem*, párr. 95.

79 Sobre incumplimiento del artículo 2 en casos relacionados con libertad de pensamiento y expresión, véase también el comentario al artículo 2, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, el cual forma parte de esta obra.

Al momento de realizar su análisis, el tribunal examinó, tal como realizara en los casos en donde la imposición fuera de sanciones penales, "si la medida de responsabilidad ulterior civil aplicada […] cumplió con los requisitos de estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional".[80] En otras palabras, aplicó la totalidad del marco analítico de la pertinencia de la difamación criminal a las responsabilidades ulteriores civiles.

La Corte Interamericana señaló que la información publicada en el caso era de interés público y que, para la fecha de su difusión, ésta ya se encontraba en el dominio público, por lo que no encontró que hubiera una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada de Menem. De hecho, el tribunal puso un particular énfasis en el análisis de los actos propios del entonces Presidente en torno a tales hechos para concluir que –bajo dicho contexto– no le correspondía alegar una razonable expectativa de protección de su privacidad. De este modo, el tribunal consideró que la imposición de la sanción civil constituía *per se* una violación del artículo 13 de la Convención Americana. En palabras de la Corte Interamericana:

> Este Tribunal considera que las publicaciones realizadas por la revista Noticias respecto del funcionario público electivo de más alto rango del país trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada.[81]

Otro aspecto a destacarse, siguiendo lo dicho en *Tristán Donoso*, es la afirmación de la Corte Interamericana en cuanto al efecto inhibidor que también puede causar la imposición de sanciones civiles en tales contextos:

> la Corte estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.[82]

En el caso, los representantes alegaron también que el artículo 1071 *bis* de Código Civil argentino era incompatible con el artículo 2 de la Convención Americana en tanto (a) otorgaba una amplia discrecionalidad al juzgador para determinar la arbitrariedad de las intromisiones en la vida privada de los individuos, pero sin considerar si la información es o no de interés público, y (b) no establecía criterios claros para la determinación de los montos por condenas civiles en los que se determinase una violación del derecho a la intimidad. La Corte Interamericana, sin embargo, consideró que en el caso "no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados".[83] Para el tribunal, "aquella disposición, en grado suficiente, permite a las personas regular sus conductas y prever razonablemente las consecuencias de su infracción. De tal modo que su aplicación resulte conforme a la Convención dependerá de suinterpretación judicial en caso concreto".[84]

Irónicamente, pareciera que en el ámbito de las normas que regulan la imposición de las sanciones civiles la Corte Interamericana estuviera dispuesta a aceptar cierto grado de vaguedad e incertidumbre

[80] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, supra nota 15, párr. 51.
[81] *Ibidem*, párr. 71.
[82] *Ibidem*, párr. 74.
[83] *Ibidem*,, párr. 91
[84] *Ibidem*, párr. 92.

–impensable en el ámbito penal– para no caer en una suerte de "rigidez excesiva".[85] Quizás los futuros casos en torno a esta temática puedan arrojar más luces sobre esta cuestión.

VIII. Los temas pendientes en la agenda jurisprudencial del artículo 13 de la CADH

La OC-5/85 plasmó varios criterios generales (estándar democrático, doble dimensión de la libertad de expresión, limitación de las responsabilidades ulteriores, etc.) los que, más de 15 años después, fueron estándares útiles para resolver casos donde se ventilaban cuestiones vinculadas a la censura previa, medios indirectos de amenaza a la libertad de expresión, al acceso a la información, las sanciones penales en casos de calumnias, injurias y desacato y las sanciones civiles en casos de pretendidas violaciones del derecho a la intimidad. Como decíamos al inicio, sobre estos temas la Corte Interamericana ya ha dado lineamientos concretos sobre su análisis a la luz del artículo 13 de la Convención Americana.

No ha sido objeto de este trabajo agotar todos los comentarios o interpretaciones que la Corte Interamericana ha hecho en relación con el artículo 13 de la Convención Americana. Bueno es apuntar que a manera de *obiter dicta*, el tribunal también ha expresado su opinión en sus sentencias sobre cuestiones tales como el derecho a la libertad de expresión y el uso de la lengua,[86] la libertad de opinión,[87] la libertad de expresión de los funcionarios públicos,[88] la importancia de la libertad de expresión en los procesos electorales,[89] la importancia del periodismo como manifestación de la libertad de expresión,[90] las condiciones de protección e independencia que se deben garantizar a los periodistas,[91] la restricción

[85] *Ibid*.

[86] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*, supra nota 16, párr. 164: "La Corte considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que este implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento".

[87] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 9, párr. 93: "Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor".

[88] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, supra nota 11, párr. 139: "En una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado".

[89] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, supra nota 6, párr. 88: "La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión".

[90] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, supra nota 5, párr. 118: "Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la Universidad".

[91] *Ibidem*, párr. 119: "En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca".

de la libertad de expresión mediante condiciones *de facto*,[92] y la participación de personas y grupos de oposición en una sociedad democrática.[93] Sin embargo, los problemas para el ejercicio de la libertad de expresión en las Américas van mucho más allá de todos los temas antes mencionados.

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar una lista de problemas que frecuentemente son citados como violaciones a la libertad de expresión en nuestra región: el uso arbitrario –y a veces discriminatorio– de la publicidad oficial por parte de los gobiernos; la distribución arbitraria de frecuencias radioeléctricas para instalar estaciones de radio o televisión; la problemática, vinculada con la anterior, de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación; la prohibición o criminalización de la protesta social;[94] y la publicidad de encuestas en tiempos de campaña electoral.

Hasta el momento la Corte Interamericana no ha resuelto casos específicos sobre esos temas.[95] El avance de la jurisprudencia en el sistema interamericano estará confirmado en los próximos años cuando estas cuestiones empiecen a ser debatidas y sea la Corte Interamericana quien fije los contenidos del artículo 13 de la Convención Americana. Pero para que ello ocurra, todos los actores del sistema interamericano de protección de los derechos humanos deberán pensar estratégicamente sus litigios de manera que los temas puestos en conocimiento de la Corte Interamericana no sólo repitan situaciones como las ya decididas sino que pongan a debate otros temas como los aquí mencionados.

---

[92] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, supra nota 16, párr. 172: "En estrecha relación con lo anterior, la Corte ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. Por ello, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación. Igualmente, la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, garantiza la difusión de información o ideas, incluso las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población".

[93] *Ibidem*, párr. 173: "En este sentido, es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales".

[94] Sobre derecho de reunión, ver el comentario al artículo 15 de Javier Mujica en esta misma obra.

[95] Es importante aclarar que la Comisión Interamericana, gracias a los estudios e informes de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que se citan como material bibliográfico en este trabajo, ha contribuido a la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana con relación a muchos de esos temas. Véase: Bertoni, Eduardo. "Libertad de expresión en el hemisferio: Nuevos desafíos". En: Debates sobre derechos humanos y sistema interamericano. Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), No. 1, 2005.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de agosto de 1986.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte Suprema de Justicia de Argentina

Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12, 16/4/98, en Fallos, Buenos Aires, 321:885.

Sánchez Abelenda c. La Urraca, 1/12/88, Fallos, Buenos Aires, 311:2553.

Ekmekdjian c. Neustadt, 1/12/88, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1989-II-383, y Fallos, 311:2497.

Ekmekdjian c. Sofovich, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, y Fallos, 315:1492.

Artículos y publicaciones académicos

BADENI, Gregorio. *Libertad de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BALLESTER, Eliel C. *Derecho de respuesta. Réplica. Rectificación*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

BIDART CAMPOS, Germán, y PIZZOLO (h), Calogero (Coord.). *Derechos Humanos. Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios,* ediciones Cuyo, Mendoza, Argentina, s/f, T. I ps. 433-488.

Conferencia especializada Interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, "Actas y documentos", Secretaría General, Organización de Estados Americanos, Washington D.C.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, (Coord.). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* UNAM, México, 2001.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad.* En: Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2010, Año 8 Nº 1.

PONCE DE LEÓN, Rodolfo. *Derecho de Réplica.* En: VEGA, Juan Carlos y GRAHAM, Marisa Adriana, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales,* Astrea, Buenos Aires, 1996.

PUCCINELLI, Oscar. *Las garantías de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno.* En: *El Derecho*, Buenos Aires, 1990, tomo 136-913.

CULLEN Iván. *Derecho de réplica, en Discrepancias*, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires 1990, Nº 3 p. 20.

RIVERA (h), Julio César. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo,* 5ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.

VENTURA, Manuel E., y ZOVATTO, Daniel. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios.* 1982-1987, Civitas, Madrid, 1989.

Índice

I. Elaboración de la norma. Terminología

La CADH habla en su artículo 14 del "derecho de rectificación o respuesta".

No existen demasiados datos acerca de la gestación de esta norma. El texto del proyecto original fue discutido primero en la novena sesión de la Comisión I, el 14 de noviembre de 1969, en Costa Rica, en el seno de la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, donde incluso hubo mociones de Estados Unidos y de Brasil para eliminar esta cláusula, reputada por sus objetores como discutible y de escasa vigencia internacional. No obstante, se dispuso en aquella sesión constituir un "grupo de trabajo", integrado por Argentina, Nicaragua, Panamá, México, Ecuador, Colombia y Estados Unidos, para reelaborar la norma propuesta.

El tema volvió a tratarse en la decimosexta sesión, el 18 de noviembre de 1969, ya con dictamen del grupo de trabajo, donde se introdujeron –sin darse mayores fundamentos– ciertos criterios restrictivos sobre el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, como ceñirlo para los medios de difusión "legalmente reglamentados". Y así se aprobó el texto hoy vigente, algunas veces con discrepancias.[1]

En su Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986 (documento donde de modo específico la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupa de este instituto), el Tribunal aclara que la rectificación o respuesta se trata de "un derecho" (sic: por ejemplo, párrafos 22 y 24). No son, pues, *dos*, sino *uno sólo*, el derecho aquí en juego. *Rectificación* y *respuesta* quieren decir –para la Convención, y según su intérprete máximo– lo mismo. En doctrina, en cambio, existen diferenciaciones al respecto.[2]

Ni la Convención ni la Corte Interamericana utilizan la expresión "derecho de réplica" como sinónimo de la rectificación o respuesta. La voz "réplica" es acusada de vez en cuando como vetusta, de antiguo uso en España, y además impropia, ya que acopla forzosamente la idea de controversia o contienda.[3] Sin embargo, es de empleo frecuente en algunos lugares, vs. gr., en Argentina, donde se la maneja

[1] *Cfr*. Conferencia especializada Interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, "Actas y documentos", Secretaría General, Organización de Estados Americanos, Washington D.C., págs. 217 a 220, 281 y ss.

[2] Para acceder a una versión completa de dicha opinión consultiva, en soporte papel, ver por ejemplo Ventura, Manuel E., y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios.* 1982-1987, Civitas, Madrid, 1989, ps. 393-438; Bidart Campos, Germán, y Pizzolo (h), Calogero (Coord.), *Derechos Humanos. Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*, ediciones Cuyo, Mendoza, Argentina, s/f, T. I ps. 433-488. Una versión no completa de la opinión consultiva (aunque contiene sus puntos esenciales) se encuentra en García Ramírez, Sergio, (Coord.), La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México, 2001, p. 997 y siguientes.
Entre los autores que distinguen el "derecho de rectificación", del "derecho de respuesta", asignando al primero la corrección de datos erróneos, y al segundo, de información agraviante, ver Puccinelli Oscar, La garantía de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno, en El Derecho, Buenos Aires, 1990, tomo 136-913.

[3] Ballester, Eliel C, Derecho de respuesta. Réplica. Rectificación, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 32-3.

mucho más que a las otras dos expresiones. Por lo demás, en inglés también es usual. Ver por ejemplo, al respecto, la resolución 26, del 2 de julio de l974, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que en la versión inglesa es titulada "On the right of reply".

II. La rectificación o respuesta como derecho

La Corte IDH ha puntualizado que tal instituto es "un derecho", como ya apuntamos.[4] Por ser tal, explica el Tribunal, los dos incisos finales del artículo 14 de la Convención se detienen en las responsabilidades de quienes provocaron su ejercicio, y demanda la obligación de que alguien responda.

Algunos autores entienden que más que un "derecho", la rectificación o respuesta es una "garantía". La distinción entre *derechos* y *garantías* no es pacífica, y para muchos, una "garantía" importa también un "derecho". En general, si se admite la distinción, podría decirse que la *garantía* es el vehículo procesal para tutelar al *derecho* (así, por ejemplo, la "garantía" del *hábeas corpus* protegería tradicionalmente a la libertad ambulatoria, y el amparo, también como "garantía", en general a los demás derechos.

La rectificación o respuesta, ya como variable del amparo, ya como procedimiento autónomo, custodia al honor y la dignidad de las personas, que son los bienes citados por la Corte Interamericana en su considerando 23 de la Opinión Consultiva OC-7/86.[5] El art. 14-3 del Pacto alude por su parte a la defensa de la "honra y de la reputación". Ésta es la versión más ajustada de los bienes tutelados por este derecho, ya que no toda la "dignidad" de la persona está atendida por la rectificación o respuesta, sino la parcela de la dignidad humana conectada con su honra y reputación. Por ejemplo, no refiere al respeto de la dignidad en el trabajo forzoso (art. 6-2 del Pacto).

La Corte Interamericana, sin embargo, no aplica tal categorización distintiva entre derechos y garantías, al menos respecto del dispositivo que comentamos, en la aludida Opinión Consultiva.

Visualizada, entonces, como *derecho*, la rectificación o respuesta fue entendida en el voto separado del juez Héctor Gross Espiell, en la referida Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana (punto 5), en una doble acepción. El Juez Gross Espiell divisó una *dimensión individual* de la rectificación o respuesta, donde el agraviado por una información inexacta o agraviante tiene "la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de esa información emitida en su perjuicio". En la segunda dimensión, *social,* la rectificación o respuesta "permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agraviante".

Esta distinción, por cierto de interés, no fue ni aceptada ni rechazada por la mayoría de la Corte Interamericana. Se vincula, desde luego, con la también doble vertiente de la libertad de expresión, individual y social, sostenida reiteradamente por la Corte Interamericana. La tesis de Gross Espiell no resulta, desde luego, desechable, y antes bien, concluye atractiva, dentro del marco ideológico de la Corte acerca del derecho a la libre expresión.

III. Concordancias y conflictos entre la rectificación o respuesta, la libertad de expresión, el derecho a la honra y dignidad y los límites a los derechos

En la misma Opinión Consultiva OC-7/86, párrafos 23 a 25, la Corte IDH destaca que existe una correspondencia entre el artículo 14 y otros preceptos de la Convención.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), Opinión Consultiva (en adelante, OC) 7/86, considerando 22.

5 Sobre el tema, ver Sagüés, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo, 5ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 63 y 139. Entre quienes visualizan la rectificación o respuesta como garantía, ver Puccinelli Oscar, Las garantías de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno, ob. y p. cit.; Cullen Iván, Derecho de réplica, en Discrepancias, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires 1990, Nº 3 p. 20.

a) Así, en primer lugar, con el artículo 13.2, referido a la libertad de pensamiento o expresión, en cuanto que ella debe sujetarse a los derechos o a la reputación de los demás. La Corte subraya esa necesaria comunicación entre la rectificación o respuesta y la libertad de expresión. Al regular el primero, los Estados deben también respetar el segundo. Viceversa, la libertad de expresión no debe entenderse como negatoria de la rectificación o respuesta. La Corte Interamericana recuerda, puntualmente, que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre libertad de expresión.

b) En segundo término, con los artículos 11.1 y 11.3, en el sentido que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y a su dignidad, y el derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques a las mismas.

c) En tercer lugar, con el artículo 32.2, cuando dispone que los derechos de cada uno están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.[6]

Esta tesis de la Corte Interamericana, cuando compensa y compatibiliza el ejercicio de la libertad de prensa con la tutela de otros derechos personales y el bien común, es vital para aventar las fuertes objeciones planteadas en diversos escenarios jurídicos, donde se intentó sostener que la réplica (rectificación o respuesta), era incompatible con la libertad de prensa, por implicar una suerte de censura sobre el medio de difusión afectado, al que se le obligaría, contra su voluntad, a incluir en su programación los textos de la réplica.[7] La tesis de la Corte Interamericana importa una opción ideológica de coexistencia entre los citados derechos en danza, y parte del obvio supuesto de no entender a la libertad de expresión como un derecho absoluto y siempre predominante sobre los demás.

Uno de los argumentos más sólidos para la tesis negativista del derecho de rectificación o respuesta, es la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pronunciada en 1974 en el *Caso Miami Herald Publishing Co. s. Patrick Tornillo,* donde declaró inconstitucional al derecho de réplica *(right of reply),* instrumentado por una ley del Estado de Florida. Sin embargo, el vigor de dicho fallo es discutido por referirse al ejercicio del derecho de réplica por parte de candidatos, y durante procesos electorales, en temas de propaganda.[8] También se ha apuntado que el derecho de rectificación o respuesta programado por la CADH tiene una filosofía, sustento y alcances muy diferentes al diseñado en la ley de Florida; que no media en el derecho norteamericano una tutela al honor personal frente a la prensa, y que la protección de los individuos, en todo caso, es frente a una *acción estatal.*[9]

No obstante esta argumentación, el *Caso Miami Herald* es terminante cuando niega la constitucionalidad de la compulsión a publicar, y la rectificación o respuesta es una forma de ella. En rigor de verdad, y como apuntamos, el criterio de la Corte Interamericana zanja la cuestión con una opción ideológica: la libertad de expresión es una libertad estratégica (*sistémica*, preferimos llamarla, por su papel decisivo en la funcionalidad del sistema democrático), pero no importa un valor excluyente de todos los demás, de tal modo que la réplica, rectificación o respuesta, opera como una fórmula razonable de cohabitación de dicha libertad con otros derechos y valores, vinculados con la dignidad de las personas.

En el ya aludido voto separado del Juez Héctor Gross Espiell (párrafo 5 del mismo), se subraya esa compatibilización entre libertad de pensamiento y de expresión con la rectificación o respuesta, pero se la exalta todavía más, planteando incluso a esta última como un medio ineludible para alcanzar un equilibrio en la información necesaria para lograr una adecuada y veraz formación de la opinión pública, en una sociedad democrática y pluralista. La armonización entre el derecho a expresarse y el respeto a la reputación de las personas demanda, en tal contexto, a la rectificación o respuesta. Tal idea

---

6 Corte IDH. OC 7/86, considerandos 23 y 25.

7 Ver, por ejemplo, Badeni, Gregorio, *Libertad de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 161-164.

8 Ponce de León, Rodolfo, Derecho de Réplica, en Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa Adriana, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 132.

9 Rivera (h), Julio César, *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p.106 y siguientes.

de la obligada necesidad de instrumentar la rectificación, como requisito de la democracia, no fue sin embargo asumida por la Corte Interamericana.

La coexistencia del derecho de rectificación o respuesta con la libertad de expresión y de prensa ha sido igualmente sostenida en el ámbito interno o nacional.[10] Es notorio que ello se hace en un marco ideológico distinto al norteamericano, hecho que revela que el texto de una misma directriz constitucional (vs. gr., el vigente en materia de libertad de expresión, en Estados Unidos y Argentina), puede tener interpretaciones diferentes según el techo ideológico del país del caso.

IV. Exigencia (o no) de ley reglamentaria, para la operatividad de la rectificación o respuesta

El artículo 14-1 de la CADH especifica que el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, lo es “en las condiciones que establezca la ley”.

Una lectura meramente literal del precepto llevaría aquí a aplicar, a rajatabla, el principio de *mediación de la ley:* la rectificación o respuesta solamente podría operar solamente en los términos que determine la ley reglamentaria. Y si no existe dicha ley, no puede ejercitarse el derecho. Alguna jurisprudencia nacional así lo determinó.[11]

Desde luego, esa interpretación es poco aceptable: subordina la vigencia real del derecho, emergente de una convención internacional, a lo que disponga (o no disponga) el legislador nacional.

La Corte IDH se ocupó expresamente del problema en su Opinión Consultiva OC-7/86 y dio una respuesta legítima y funcional: la rectificación o respuesta debe practicarse aunque no exista ley formal nacional que la regule.

Para ello, la Corte Interamericana, partiendo del supuesto de que la rectificación o respuesta es un “derecho” de las personas, estima a) que la idea de que los Estados pueden crear por ley dicho derecho sin encontrarse obligados a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece con la Convención (párrafo 23); b) que si en un Estado los individuos no pueden ejercerlo, por falta de reglamentación, esto implicaría una violación a la Convención o Pacto de San José (párrafo 28). En efecto: conforme al aríprops 1-1 de esta última, y a su artículo 2 (principio del “efecto útil”), los Estados se comprometen a respetar y a garantizar los derechos consagrados en aquel instrumento internacional, y a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter” para hacerlos efectivos (párrafos 29 y 30).

Por lo demás, la creación, existencia, o exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, determina la Corte Interamericana, no depende de la voluntad del Estado, ya que ello emerge de la CADH. A los Estados les compete instrumentar, y no negar, el ejercicio del derecho en cuestión (párrafo 33).

---

[10] Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12, 16/4/98, en Fallos, Buenos Aires, 321:885, y Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998-IV-349. La Corte Suprema entendió compatible la réplica, rectificación o respuesta prevista por el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 14, con el art. 14 de la constitución nacional argentina, que enuncia el principio de publicar las ideas por medio de la prensa, sin censura previa. La sentencia destaca que en el ejercicio del derecho de réplica existe no solamente una tutela de los derechos del perjudicado por una información inexacta o agraviante, sino también un interés social en conocer la versión de cada uno (la del medio de difusión y la del perjudicado por éste), para que todos puedan informarse y detectar la verdad. La réplica, pues, tendría una naturaleza bifrontal, tesis que se vincula, apuntamos, al pensamiento de Héctor Gross Espiell, y que mencionamos supra, parágrafo 2. En el fallo hubo un voto en disidencia del juez Belluscio, quien reputó inconstitucional a la réplica, partiendo del supuesto del derecho a la libertad de expresión como derecho absoluto. Ver Sagüés Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 119 y sigts.

[11] Corte Suprema de Justicia de Argentina, casos Costa c. Ciudad de Buenos Aires, 12/3/87, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, Fallos), Buenos Aires, 310:508, Sánchez Abelenda c. La Urraca, 1/12/88, Fallos, Buenos Aires, 311:2553, Ekmekdjian c. Neustadt, 1/12/88, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1989-II-383, y Fallos, 311:2497.

Por último: ¿qué quiere decir la palabra "ley", en el artículo 14-1 de la Convención? Para la Corte Interamericana, el vocablo "ley" tiene distintos significados según los diferentes artículos de aquélla. Cuando se trata de restringir el uso de un derecho, "ley" significa ley formal. Pero cuando se refiere a potenciar el ejercicio de un derecho, como el de rectificación o respuesta, el Estado debe hacerlo efectivo, "sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento interno para cumplir ese fin" (párrafo 33).

Un caso sugestivo de seguimiento a esta directriz de la Corte Interamericana, hoy obligatoria para todos los jueces nacionales en virtud de la doctrina del "control de convencionalidad",[12] es la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Este tribunal que inicialmente desestimaba el ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta, por no existir disposición constitucional o legal que lo implementase, terminó en el célebre *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich*[13] por instrumentarlo, esta vez por medio de una sentencia judicial, y siguiendo las pautas de la Corte Interamericana que hemos descripto.

En definitiva, la Corte Interamericana concluyó en la Opinión Consultiva OC-7/86, por unanimidad, que la rectificación o respuesta es un derecho de fuente internacional exigible, que los Estados deben respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona; y que cuando tal derecho no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado, el mismo tiene la obligación de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias.

Por seis votos contra uno, determinó que la palabra "ley", empleada en el artículo 14-1 de la Convención, se relaciona con el deber del Estado contemplado en el art. 2 de la misma (principio del "efecto útil" de los tratados), de tal modo que alude a las medidas que debe adoptar el Estado, y que comprenden todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero en cuanto tales medidas restrinjan un derecho reconocido por la Convención, será necesaria la existencia de una ley formal.

V. El margen de apreciación nacional en la legislación reglamentaria

La Opinión Consultiva OC-7/86, de la Corte IDH, se detuvo también en el contenido de las normas reglamentarias del derecho de rectificación o respuesta que deben dictar los Estados.

En su párrafo 27, en efecto, advierte que el artículo 14 de la Convención no regula si las personas afectadas por informaciones inexactas o agraviantes tienen derecho a responder en un espacio igual o mayor en donde aparecieron aquéllas, el tiempo en que puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc. Todo ello podrá variar de Estado a Estado, pero a) dentro de lo razonable; b) conforme los conceptos afirmados por la Corte Interamericana. En definitiva, esos Estados "fijan las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta" (párrafo 28), respetando esas pautas.

De hecho, la Corte Interamericana aplica aquí la doctrina del *margen de apreciación nacional*, que antes había admitido en la Opinión Consultiva OC-4/84.[14] Esa doctrina tiene distintas vertientes. Se la ha visto como una *técnica de interpretación de derechos*, en orden a delimitarlos en superficie y profundidad (para algunos, reconoce que en todo derecho existe un núcleo duro, básico y elemental,

[12] Conforme a esta doctrina de la Corte IDH, ampliada a partir del Caso Almonacid Arellano (2006), los jueces nacionales deben, incluso de oficio, a) inaplicar el derecho interno opuesto a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y b), interpretar el derecho interno conforme tal Pacto y Jurisprudencia. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2010, Año 8 Nº 1, p. 117 y siguientes.

[13] Corte Suprema de Justicia de Argentina, Caso Ekmekdjian c. Sofovich, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, y Fallos, 315:1492.

[14] Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional, sus variables, y su proyección al sistema interamericano de derechos humanos, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2a. ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 222 y siguientes.

que siempre debe guarecerse, pero que también tiene otro, flexible, donde operan las experiencias y la idiosincrasia locales), cosa que se refleja en la CADH cuando alude, por ejemplo, a los conceptos limitativos de los derechos, vs. gr., del orden público, de la seguridad nacional, de la salud y de la moral públicas, interés social, etc., que aparecen en varios artículos de la Convención (por ejemplo, artículos 12, 16, 21). También opera en la *suspensión de las garantías*, para meritar los conceptos de "peligro público o de otra emergencia" que justifican tal suspensión (artículo 27); y en las *facultades reglamentarias del ejercicio de ciertas acciones y procesos,* como, vs. gr., el amparo del art. 25, el *hábeas corpus* del artículo 7-6 y, precisamente, la "ley" del desarrollo del derecho de rectificación o respuesta que demanda el artículo 14. Ello autoriza a pensar un régimen procesal de términos, trámites, órganos competentes, pasos y mecanismos recursivos, espacios y tiempos para ejercitar la rectificación o respuesta, etc., en parte distintos de un país a otro.

En tal sentido, un vistazo al derecho americano en materia de este derecho exhibe regulaciones múltiples, constitucionales y a menudo también legales, algunas genéricas y otras con reglas especializadas en la réplica electoral (Brasil, vs. gr.); de vez en cuando subsumido en el amparo pero en otros casos con normas procesales propias, o insertadas en la ley sobre delitos de imprenta (México). Los textos son generalmente breves, sin perjuicio de existir otros extensos (Uruguay). No han faltado documentos constitucionales provinciales argentinos, pocos al fin, que han negado el ejercicio del derecho de réplica, en contravención, por tanto, con las normas del Pacto de San José de Costa Rica.[15]

---

[15] Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, Censura judicial y derecho de réplica, *op. cit.*, p. 144 y siguientes, 153 y siguientes, con un tratamiento sinóptico de la legislación vigente en el escenario latinoamericano.

A mero título ejemplificativo, conviene recordar que Brasil cuenta con una legislación frondosa en la materia. En su momento, la ley 5250, habilitó el derecho de respuesta a favor de personas naturales o jurídicas, con un plazo de caducidad para ejercerlo de sesenta días desde la publicación o transmisión. La respuesta debe insertarse gratuitamente. De no aceptarla el medio de difusión, cabe el reclamo judicial, con audiencia para el responsable del medio para que haga su descargo. La sentencia de primera instancia es apelable con efecto devolutivo. Si la decisión admisoria es revocada en segunda instancia, el promotor de la respuesta deberá abonar el costo de la publicación. Los asuntos relativos a crítica literaria, teatral, artística, científica o deportiva no dan lugar a la réplica, salvo que sean calumniosos, difamatorios o injuriantes. A su turno, la ley 9504 de elecciones reglamentó el derecho de respuesta en materia electoral, a favor de candidatos afectados por conceptos, imágenes o afirmaciones calumniosas, difamatorias, injuriosas o intencionalmente falsas. Se plantea ante la justicia electoral. El decreto 52.795/63, de reglamentación de los servicios de radiodifusión, admitió la réplica incluso hacia agravios contra un difunto, ejercitable por su cónyuge, ascendientes, descendiente so ciertos parientes colaterales.

En Colombia, la falta de ley reglamentaria no ha sido obstáculo a que se concrete el derecho de rectificación por medio de la acción de tutela (amparo), a favor de personas naturales o jurídicas.

En Costa Rica, también el amparo ha sido el vehículo para practicar el derecho de réplica, pero con una tramitación particular. La ley 7135 determina que si los agravios fuesen vertidos a un grupo o colectividad, la legitimación activa corresponde, si el grupo estuviere organizado, al personero autorizado del mismo y si fuere una persona jurídica, por su representante legal. Los medios de difusión pueden negarse a réplicas que excedan los límites razonables, o que no tengan relación directa con la publicación cuestionada.

En Chile, la ley 19.733 determinó que las aclaraciones y rectificaciones deben referirse al tema que las motiva y no podrán tener una extensión superior a mil palabras o a dos minutos en los casos de radiodifusión sonora o televisiva. Se proyectarán en la misma página donde apareció la información inexacta o agraviante, o en el mismo horario y con características similares a la transmisión que suscitó la rectificación. No procede la réplica respecto de comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva. Además, tiene que ejercerse dentro de los veinte días desde la fecha de emisión. Si se hace lugar a la réplica, el tribunal puede disponer multas si no se la ejecuta.

En Guatemala la rectificación o respuesta se graduó por la ley de emisión de libre pensamiento. Su art. 37 la habilitó para plantear aclaraciones, rectificaciones, explicaciones o refutaciones, todo ello gratuitamente y en la misma página, columna donde apareció la noticia original, pero no podrán exceder del doble de la extensión de ésta. Si se trata de una publicación que afecte a varios, bastará con publicar una sola rectificación, con mención de los demás interesados en ese texto. Para ejercitar este derecho, la ley contempla un trámite judicial muy sencillo, ante un juez de paz.

En México, la ley sobre delitos de imprenta obligó a publicar rectificaciones o respuestas, planteadas por autoridades o particulares. Pero la respuesta debe presentarse dentro de los ocho días siguientes a la publicación, y no debe exceder el triple (tratándose de funcionarios) o el doble (de particulares), del texto original. La réplica no deberá ser injuriosa o indecorosa, ni debe atacar a terceras personas. Por lo demás, existen sanciones penales si la réplica no se efectiviza.

Panamá, por la ley 22/2005 dispuso que el espacio de la réplica deberá ser igual al de la noticia o referencia que lo motiva, aunque podrá ser amliado según las circunstancias. Los medios de comunicación tendrán que reservar un espacio

Recordemos que cuando no existe ley formal reglamentaria, como pasa por ejemplo en Argentina en el orden federal, los Estados (y sus jueces, claro está), deben de todos modos instrumentar el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, como ya hemos apuntado, arbitrando soluciones que pueden variar de país a país, aunque lo más frecuente es utilizar un mecanismo procesal ya existente, como la acción de amparo u otra análoga, para diligenciar las peticiones del caso.

VI. Temas conflictivos. La rectificación o respuesta contra periódicos y películas

Uno de los puntos más controvertidos del Pacto de San José de Costa Rica, respecto del derecho que tratamos, es su ejercicio contra medios de difusión. El artículo 14, en efecto, lo programa respecto de informaciones inexactas o agraviantes vertidas "a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general". No existen mayores problemas para practicarlo, entonces, respecto de radios y emisoras de televisión, sometidos habitualmente a un régimen de concesiones, pero sí en cuanto periódicos y revistas, (o sea, la prensa escrita tradicional), que por lo común no se encuentran, en sentido estricto, "legalmente reglamentados". En principio, aparentemente, estarían exentos de la réplica.

Hemos visto que la exigencia de practicar el derecho de rectificación o respuesta respecto de los medios de difusión *legalmente reglamentados,* aparece (sin mayores explicaciones), en el documento elaborado por el "grupo de trabajo" al que hicimos referencia en el parágrafo 1, en el seno de la conferencia de Costa Rica de 1969.

El tema no fue abordado por el pleno de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-7/86, pero sí en el voto separado del juez Héctor Gross Espiell. Dicho juez advirtió que el párrafo en cuestión apareció recién en la última etapa de redacción de la Convención, en la Conferencia especializada de 1969, y como propuesta del Grupo de Trabajo. Entrando a la exégesis de la norma, propuso que se la interpretara en sentido amplio, abarcativo de "todos los medios de difusión que, de una u otra forma estén regulados, por medio de la ley, en el derecho interno de los estados partes" (párrafo 4 de su voto). Aclaró que se refería a cualquier tipo de reglamentación, exija o no autorización, concesión o habilitación previa para trabajar. El texto del Pacto, añadió, no distingue entre reglamentaciones amplias o mínimas, y por tanto, no cabe formular distinciones. Por el contrario, si se limitase la rectificación o respuesta a la prensa radial o televisiva, y se excluyese a la escrita, se estaría formulando una discriminación desigualitaria opuesta a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

Aunque el tema es naturalmente polémico, nos inclinamos también por la tesis de Gross Espiell. Los diarios, por ejemplo, también están –en alguna medida– reglamentados. La misma Convención los reglamenta en un punto, en el propio artículo 14-3, al demandar a las *publicaciones y empresas periodísticas* que indiquen "una persona responsable" que carezca de inmunidades especiales. Ello está suponiendo que las mismas, en general, pueden ser pasibles del ejercicio de la rectificación o respuesta.

Respecto de las películas, no son, en principio, "medios de difusión", sino más bien "obras a difundir",

o sección permanente para la publicación de las réplicas, y par las aclaaciones o comenarios de los lectores o cualquier persona afectada por la noticia. En caso de oposición, se prevé un amparo judicial "sin formalismos excesivos", que contempla incluso una multa contra el medio que desechó contra derecho el ejercicio de la rectificación o respuesta.

Paraguay dictó inicialmente la ley 1262, que prevé la rectificación o contestación contra todo medio de comunicación social. El derecho debe ejercitarse dentro de los siete días calendarios siguientes al de su difusión. Si el medio se opone, la ley dispuso un procedimiento judicial sumario para habilitar la réplica. Como detalle de interés, el art. 7º obligó a los medios radiales y audiovisuales a grabar y conservar las transmisiones que aludan a terceras personas.

En Perú, sobre réplica, medió una reforma constitucional, ya que el texto de 1993 preveía al hábeas data como el vehículo procesal para instrumentarla, mientras que por la ley 26.775 y 26847 se estableció que fuese el amparo, como lo establece el actual código procesal constitucional. Parte de la doctrina peruana diferencia el derecho de rectificación, destinado a corregir informaciones incorrectas, del derecho de réplica, para formular descargos o argumentos ante imputaciones referentes a personas. Conforme con la legislación vigente, debe ejercitarse este derecho dentro de los quince días posteriores a la difusión cuestionada.

por lo que no resulta sensato habilitar el derecho de rectificación o respuesta contra ellas. Se las puede equiparar, en cierta medida, a un libro, por ejemplo. No obstante, la parte final del artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica determina que para hacer efectiva la protección de la honra y reputación, la "empresa cinematográfica" (como las de periodismo, radio o televisión), tendrá que designar una persona responsable, con lo que se estaría habilitando la réplica contra películas.

Una manera adecuada de entender este precepto es considerar que ciertos filmes, conocidos por ejemplo como "noticieros", han operado de hecho como medios de difusión, al igual que diarios, revistas, programas televisivos y periódicos en general. Se trata de películas (hoy en declinación, ya que la mayoría de ellas ha desaparecido), esencialmente informativas, que se emiten y continúan consecutivamente, y respecto de los cuales la réplica, rectificación o respuesta puede tener sentido.

VII. Las "informaciones" "inexactas o agraviantes"

El artículo 14-1 de la Convención habilita la rectificación o respuesta respecto de "informaciones". Esto ha llevado a suponer que las meras *opiniones* o *críticas* no están incluidas en el ejercicio de tal derecho, aunque eventualmente podrían (en principio) dar lugar a otro tipo de responsabilidades ejercitables por otras vías procesales. Tampoco existe, por ende, la "réplica ideológica".

La inaplicabilidad del derecho de réplica frente a las "opiniones" se funda, asimismo, en que el artículo 19 del PIDCP, determina que "nadie puede ser molestado por sus opiniones". A su turno, la Corte IDH, en el *Caso Kimel vs. Argentina*, del 2 de mayo de 2008, sostuvo en su párrafo 93, con referencia a ciertas apreciaciones vertidas por el autor de un libro enmarcado dentro del llamado periodismo de investigación, que dichas opiniones no podían considerarse ni verdaderas ni falsas, y que, "como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción…".

El tema es que algunas veces, una información puede disfrazarse de opinión, según el modo verbal que se emplee, el giro lingüístico usado, o la forma de exteriorizar un hecho. Por ejemplo, si en vez de decir "Juan estafó a Pedro", digo "Yo opino que Juan estafó a Pedro", ¿esta última modalidad, excluiría el planteo del derecho a respuesta? ¿Y si se trata de tutelar el derecho al honor y a la reputación, no se lo hiere tanto con la expresión de una información como, por ejemplo, mediante una crítica u opinión profundamente agresiva?

Otro punto discutible de la Convención es programar la rectificación o respuesta respecto de informaciones "inexactas o agraviantes". Dada la disyunción que provoca la "o", cabe programar el derecho que contemplamos para cuestionar estas informaciones:

- inexactas y agraviantes.
- inexactas, aunque no agraviantes.
- exactas, pero agraviantes.

Respecto de las informaciones *inexactas*, su listado puede abarcar las noticias desactualizadas, las falsas a sabiendas, las simplemente erróneas. La Convención exige que causen "perjuicio", aunque ese daño, en homenaje al valor verdad, puede generarse por el simple hecho de que se diga de alguien algo que no le corresponde. Ello lesiona la correcta imagen de una persona, es decir, el derecho a su propia imagen.

De todos modos, surge un problema de *prueba* de la exactitud o inexactitud de la información. Esa prueba puede ser, según los casos, simple o compleja, y plantea el problema de las facultades del juez de la rectificación o respuesta, en lo que hace a su radio de conocimiento. El asunto fue abordado ya en el referido voto separado de Héctor Gross Espiell, en ocasión de la Opinión Consultiva OC-7/86. Dicho Juez demandó que, de haber controversia entre las partes, la justicia verificase la procedencia del reclamo, en un trámite respetuoso del debido proceso al que alude el artículo 8 de la CADH. En sus palabras, la rectificación no debía ser un procedimiento automático (párrafo 3 de su voto). Otros autores exigen, igualmente, que se acredite que la información impugnada es inexacta.[16]

[16] Ponce de León, Rodolfo, *Derecho de réplica, op. cit.,* pág. 137.

También el voto particular del juez de la Corte Interamericana, Rodolfo Piza Escalante, se detuvo en la conveniencia de reprimir el abuso del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, y previó la necesidad de instrumentar un recurso efectivo y expeditivo, adecuado a la naturaleza y urgencia del caso (punto 39 de su dictamen), que resolviese "cualquier conflicto sobre la existencia del agravio" (punto 48, "conclusiones", I-3).

Otra corriente, por el contrario, considera que para ejercitar la rectificación o respuesta basta simplemente que el afectado difiera de la información presuntamente inexacta o agraviante, sin necesidad de demostrar la certeza de sus afirmaciones.[17]

Recapitulando el asunto: el problema es que, para demostrar la verdad o el error de una información cuestionada, el asunto puede, eventualmente, y según las características de cada caso, insumir un tiempo prolongado, con lo que la rectificación o respuesta podría perder actualidad, y por ende, eficacia.[18]

Hemos sugerido, como alternativa transaccional, habilitar la rectificación o respuesta con la versión formulada por el agraviado, sin perjuicio del derecho del medio de difusión de reiterar su punto de vista inicial, divergente del sostenido por el ofendido. De esa manera ambos expondrán su punto de vista, y la sociedad se enterará de las dos posturas, pudiendo cada uno adherir a la que le parezca más convincente, o simplemente anoticiarse sin emitir opinión.[19]

Con buena doctrina, el Tribunal Constitucional del Perú, en la causa "Prudencio Estrada Salvador", sentencia dictada en expediente 3362/2004, determinó que la noticia cuestionable puede ser total o parcialmente inexacta, proveniente tanto de un acto doloso como culposo, y que la rectificación o respuesta tiene por meta ofrecer la versión de la persona ofendida, como para suplir las deficiencias de una información, y no para excluir las informaciones inexactas, falsas o incompletas.

El tema de las informaciones exactas, pero "agraviantes" es harina de otro costal. Si se divulga un hecho verídico, pero que ofende a quien estuvo involucrado en él, ¿qué podrá éste rectificar? Salvo dejar constancia de que el tono o las palabras empleadas en la noticia han sido hirientes, agresivos o intencionalmente lesivos, poco podrá añadir, si la noticia es rigurosamente cierta. No obstante, el afectado quizá agregue que el hecho comunicado, pese a su veracidad, hace a su esfera estrictamente personal, y que entonces le agravia que su privacidad haya sido violada, resultando innoble que se divulguen, por ejemplo, actos íntimos, o información sensible cuya difusión puede crearle problemas. Podría argumentar, por ende, y hacerlo mediante una respuesta, que lo publicado nunca debió publicarse.[20]

En esta materia, sin embargo, cabe proceder con cautela. La difusión de un acto ilícito, pero cierto, importa –naturalmente– una información exacta, y es claro que ella puede resultar "agraviante" (en el sentido que le causa agravio), a quien fuere condenado, por el desprestigio social consecuente. Por ejemplo, si se divulga la condena a prisión de quien cometió una estafa. Una pauta para incluir en la réplica las noticias agraviantes, pero ciertas, es que produzcan claramente "una ofensa de gravedad sustancial", como señaló la Corte Suprema argentina en *Ekmekdjian vs. Sofovich,* y que ella sea adrede.[21]

En el caso citado en este mismo parágrafo, el Tribunal Constitucional del Perú expuso que en los casos de afectar una información el honor de una persona, basta para la rectificación o respuesta que medie apariencia de vulneración de dicha honra.

---

17 Rivera (h), Julio César, *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta, op. cit*., p. 77.

18 A título anecdótico: en el célebre caso argentino Ekmekdjian c. Sofovich, que hemos mencionado en el texto, el amparo por el que se discutió el ejercicio del derecho de réplica llevó prácticamente cuatro años. Según versiones, admitida por la Corte Suprema de Justicia la demanda, hubo que leer la réplica en un programa de televisión parecido al que emitió originalmente el dato agraviante, ya que aquél había concluido tiempo atrás.

19 Sagüés, Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica, op. cit*., p. 141.

20 Sin embargo, Julio César Rivera (h), cuestiona profundamente el ejercicio de la réplica respecto de hechos transmitidos con exactitud, por más que se haya transgredido el umbral de privacidad de las personas. Ver Rivera (h), Julio César, La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta, *op. cit.*, p. 70.

21 Corte Suprema de Justicia de Argentina, Ekmekdjian c. Sofovich, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, y Fallos, 315:1492.

VIII. Colofón. Temas pendientes

Hemos seguido en este estudio una descripción del artículo 14 de la CADH atendiendo los puntos donde la Corte Interamericana, o algún voto separado que nos ha resultado de especial interés, se han expedido sobre su interpretación.

En concreto, la Corte, como cuerpo, realizó el siguiente trabajo:

- definió a la rectificación o respuesta como un derecho humano operativo, que los Estados deben garantizar y efectivizar, aun a falta de legislación reglamentaria,
- negó que los Estados pudiesen congelar la eficacia de dicho derecho so pretexto de falta de reglamentación,
- declaró a tal derecho como compatible con otros enunciados en la Convención americana sobre derechos del hombre (en particular, con la libertad de expresión, la tutela de la honra y dignidad),
- previó que los Estados, al reglamentar el derecho, atiendan según su discreción temas significativos de procedimiento y determinación (vs. gr., tiempo para demandar la rectificación, espacios para efectivizarla),
- determinó que ese margen de apreciación reglamentaria de los Estados, estaba subordinado a pautas de razonabilidad y a las directrices de la Corte.

En general, salvo la Opinión Consultiva OC-7/86, la Corte Interamericana no se ha pronunciado con mayor detalle sobre el derecho de rectificación, respuesta o réplica. Los casos contenciosos han versado sobre otras normas de la Convención. El derecho aquí considerado no parece haber provocado demasiadas controversias que justifiquen su tratamiento por la Corte, o por la Comisión Interamericana. Su material jurisprudencial, por ende, no es cuantitativamente considerable, aunque existan definiciones de peso en la referida Opinión Consultiva.

Quedan así pendientes de definición por la Corte Interamericana algunos subtemas importantes de nuestro instituto, a saber:

- si los periódicos están o no comprendidos dentro del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta;
- de haber controversia sobre el carácter inexacto o agraviante de una información, si el promotor de la réplica debe acreditar los extremos que invoca y abrirse un debate judicial al respecto.

Hemos expuesto precedentemente, al respecto, nuestra opinión, reconociendo desde luego que ambos interrogantes resultan polémicos.

Otro tema novedoso, y que por razones históricas no pudo atender en su momento (año l969) la CADH, es el eventual ejercicio del derecho de réplica respecto de informaciones inexactas o agraviantes incluidas en *blogs* o sitios semejantes del mundo de internet.

En sentido lato, bien puede entenderse a los *blogs* como algo básicamente similar a un "medio de difusión", ya que están destinados al público en general y su contenido fluctúa en función del material "colgado" por quien los alimente. Si se entiende que la Convención Americana tiene aquí una suerte de vacío o de laguna, su cobertura por medio del procedimiento de integración, y en particular por analogía, debería insertarlos dentro del artículo 14-1 de la Convención.[22]

El tema se complica porque los *blogs* –en principio– no están "legalmente reglamentados", con lo que se repetiría, respecto de ellos, la problemática del ejercicio del derecho de rectificación y respuesta, en cuanto los periódicos. Para superar esta dificultad puede observarse que algún tipo de reglamentación, siquiera mínima, tienen; y que las razones de tutela de la "honra y la reputación" de las personas, que impulsan al derecho de rectificación y respuesta a tenor del artículo 14-3 del Pacto de San José, resultan

[22] Sobre la integración como método para la cobertura de las lagunas o vacíos constitucionales, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, op. cit.,* pág. 127.

igualmente válidas para tales sitios o plataformas. De aceptarse esta tesis, que sostenemos, el *blog* debería incluir un responsable, conforme también tal artículo.

Las restantes prescripciones del artículo 14 de la CADH no parecen despertar mayores controversias. El inciso 2 del artículo 14 determina que el planteo de una rectificación o respuesta es independiente de otras responsabilidades (vs. gr., de tipo civil o penal), hipotéticamente emergentes de información inexacta o agraviante. El inciso 3, refiere a la designación de una persona responsable por parte del medio de difusión.

Puede constatarse, también en términos generales, una suerte de uso moderado, y por ende encomiable, de este derecho, por parte de la ciudadanía. Ello explica que los litigios sobre el tema sean relativamente reducidos.

Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo, no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas Armanda y de la policía.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y Otros*. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas- Serie C No. 200.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus Miembros vs. Ecuador*. Informe No. 62 del 13 de octubre de 2004.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C. No. 121.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C. 196.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C. 121.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vásquez vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie No. C. 213.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C. No. 167.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión IDH.*Caso Gómez López vs. Guatemala*. Informe Nº 29/96, Caso 11.303, 16 de octubre de 1996.

Comisión IDH. *Caso Comadres vs. El Salvador*. Informe Nº 13/96, Caso 10.948, 1 de marzo de 1996.

Comisión IDH. *Caso Dianna Ortiz vs. Guatemala*. Informe Nº 31/96, Caso 10.526, Septiembre 6 de 1996.

Comisión IDH.*Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Informe Nº 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso Rekvényi c. Hungria, del 20 de mayo de 1999.

Caso Stankov y United. Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria, del 13 de febrero de 2003.

Caso Sidiropoulos Vs. Grecia, de 10 de julio de 1998.

Artículos y publicaciones académicos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/ll.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 octubre 2002.

DRZEEWCKI, Krzysztof. *El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo.* Escuela Nacional Sindical, Medellín, Septiembre 1996.

Informe del Comité de Derechos Humanos, Volumen II. Asamblea General. Documentos Oficiales, 49º periodo de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/49/40).

KRSTICEVIC, Viviana. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.* En: YAMIN Alicia, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta.* Plaza y Valdés.

O'DONELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

SARTHOU, Helios, *Perspectivas del derecho colectivo del trabajo.* En: Rev. Derecho Laboral, Montevideo 1981, t. XXIV No. 123

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América.* México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Índice

I. Introducción

Alexis de Tocqueville escribió que "después de la libertad de obrar solo, la más natural del hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma".[1] Ciertamente, el derecho de reunión constituye un presupuesto indispensable para consumar esa combinación de esfuerzos, en la medida en que opera como cauce para el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o los derechos políticos y sindicales. En efecto, el derecho de reunión forma parte del contenido esencial del derecho de Asociación, incluyendo el derecho de asociación sindical y el de huelga. De ahí que la libertad de reunión y el derecho de asociación con fines pacíficos no sólo se encuentren íntimamente interrelacionados, sino que hayan adquirido una importancia sustancial, tanto en el ámbito nacional como internacional, para el desarrollo y fortalecimiento de sociedades inclusivas y democráticas.En toda sociedad democrática es usual que los ciudadanos se organicen y coordinen su acción para influir colectivamente en su gobierno, exigir reformas o impugnar una política o una acción del Estado, y para aumentar el impacto de sus peticiones. Las manifestaciones o reuniones pacíficas son, en este contexto, formas habituales de protesta social. Como recordó en su oportunidad la Federación Internacional de Derechos Humanos, "una oposición eficaz con frecuencia está acompañada de medios de presión como

[1] Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 209-210.

reuniones de opositores en un lugar público, el bloqueo o la disminución de la circulación u otras formas diversas de presencia humana que impliquen el desplazamiento de manifestantes de un punto geográfico a otro. En este contexto, el derecho de reunión es el elemento indispensable que permite a una colectividad cumplir este ejercicio, y los derechos a la libertad de asociación y de movimiento pueden ser comprendidos como elementos accesorios que lo hacen posible".[2]

Lo anterior queda demostrado no sólo por el destacado y amplio reconocimiento que ambos derechos tienen en el acervo del derecho internacional de los derechos humanos, sino por el creciente interés que la protección de los mismos suscita entre la comunidad internacional. Ámbito en el que se ha nombrado recientemente, por un período de tres años, a un relator especial sobre el derecho de libertad de reunión y asociación pacíficas.[3]

En lo que toca a nuestra región, cabe destacar que prácticamente todos los países de América han integrado en sus Constituciones el reconocimiento del derecho de asociación, incluyendo el derecho de organizarse en partidos políticos, bien sea de manera exclusiva o en forma conjunta con los derechos de reunión y de manifestación. Así lo hace la Constitución de Argentina en su articulo 14; la de Bolivia en sus artículos 7.c y 222; la de Brasil en sus artículos 5 (numeral XVI) y 17; la de Chile en sus artículos 1 y 19 (numerales 13 y 15); la de Colombia en sus artículos 37, 38 y 107; la de Costa Rica en sus artículos 25 y 26; la de Cuba en sus artículos 7 y 54; la de Ecuador en su artículo 23 (numeral 19); la de El Salvador en sus artículos 7 y 72 (numeral 2); la de Estados Unidos en su Primera Enmienda de 1791; la de Guatemala en sus artículos 33, 34 y 223; la de Honduras en sus artículos 78 y 79; la de México en su artículo 9; la de Nicaragua en su artículo 54; la de Panamá en sus artículos 38 y 39; la de Paraguay en sus artículos 32 y 42; la de Perú en su artículo 2 (numerales 12 y 13); la de República Dominicana en su artículo 8 (numeral 7); la de Uruguay en sus artículos 38 y 39; y la de Venezuela en sus artículos 52, 53 y 58.

En el marco de su función de promoción de los derechos humanos, la Comisión IDH ha recordado que "los derechos a la libertad de reunión y asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles individuales sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática".[4] Y ha agregado, asimismo, que "La protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir con el ejercicio del derecho de reunión o asociación, sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de la libertad, por ejemplo, protegiendo a los participantes de una manifestación contra la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas".[5]

En cuanto concierne a la jurisprudencia de la Corte IDH, sea a través del ejercicio de su función contenciosa o consultiva, esta ha sido particularmente escueta a la hora de precisar y definir el contenido

---

2 Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), Informe N° 460/3, Octubre 2006 "La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?, p. 11.

3 El 30 de septiembre de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 15/21 mediante la cual el Consejo de Derechos Humanos designo un Relator Especial en los Derechos de Libertad de Reunión y de Asociación encargado, entre otras funciones, de recabar toda la información pertinente sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas en todas sus manifestaciones; solicitar y recibir información de los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales, los interesados pertinentes y cualesquiera otras partes con conocimiento en la materia,a fin de promover y proteger el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y responder a la información recibida; y denunciar las violaciones, donde quiera que tengan lugar, del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, así como los incidentes de discriminación, amenazas de empleo o empleo de la fuerza, acoso, persecución, intimidación o represalias contra personas que ejerzan ese derecho, y poner en conocimiento del Consejo y de la Alta Comisionada las situaciones de especial gravedad, http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/167/01/PDF/G1016701.pdf?OpenElement.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/ll.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 octubre 2002, párr. 359.

5 *Ibid.*

del derecho de reunión. En contraste ha logrado desarrollos un poco más amplios respecto del derecho de asociación.

El hecho de que los derechos de reunión y asociación no hayan constituido un tema recurrente en los pronunciamientos de los órganos de control del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no se debe tanto a la ausencia de violaciones en este campo sino a la gravedad de otros tipos de violaciones a los derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad de las personas, lo que ha marcado las prioridades del sistema interamericano.

En lo que sigue, se desarrollara secuencialmente, en primer lugar, el alcance y características de la libertad de reunión y del derecho de asociación pacifica protegidos por los artículos 15 y 16 de la Convención Americana, tal como estos derechos han sido recepcionados en los instrumentos interamericanos y otros instrumentos convencionales que hacen parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En segundo lugar, se desarrollara su contenido específico destacando, cuando corresponda, aquellos aspectos que ambos derechos compartan en común, lo mismo que, finalmente, las restricciones de las que pueden ser objeto.

Para el tratamiento de dichas temáticas, apelaremos, cuando corresponda, al acervo doctrinario y la jurisprudencia de otros órganos del sistema internacional de protección de los derechos humanos, así como a decisiones de tribunales de justicia internos que contribuyan a desarrollar mejor estos contenidos.

II. El derecho de reunión

El derecho de reunión puede ser definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes. En el ámbito político, puede manifestarse a través de actividades tales como las manifestaciones públicas, las marchas de protesta, los mítines realizados con fines político-partidarios o las movilizaciones de corte electoral. La temporalidad en el ejercicio de esta facultad aporta en la definición del derecho de reunión, al destacar su carácter no permanente o temporal.

Como tal, este derecho se encuentra reconocido en una amplia gama de instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional. De hecho, la DADDH (1948)[6] fue uno de los primeros tratados en reconocer en su artículo XXI el derecho de toda persona a reunirse pacíficamente con otras, “en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”.

El contenido de este articulo de la Declaración Americana coincide con el artículo 20 de la DUDH (1948), que fue aprobada siete meses después, el mismo que reconoce en su numeral 1 el derecho de toda persona a la libertad de reunión, precisando que su alcance, como en el instrumento interamericano, se limita sólo a reuniones de naturaleza pacífica. A lo que agrega, que “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

[6] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, Colombia. 2 de mayo de 1948. La Declaración contiene y define los derechos humanos esenciales a los que se refiere la Carta de la Organización de Estados Americanos, y acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 43.

El PIDCP (1966)[7] reconoce el derecho de reunión en su artículo 21, destacando que su ejercicio "sólo podrá ser objeto de restricciones previstas conforme a la ley, y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y las libertades de los demás". La CADH (1969)[8] protege este derecho en su artículo 15 especificando que, además de ser pacíficas, para ser protegidas por la Convención las reuniones deben llevarse a cabo "sin armas". El mismo artículo enumera, además, las condiciones bajo las cuales puede admitirse una restricción del derecho a la libertad de reunión que son, esencialmente, las mismas que las ya indicadas en el PIDCP.

En el ámbito europeo, el derecho de reunión se encuentra protegido por el artículo 11 del CEDH (1950), que a través de dos numerales establece, de una parte, que **"**[t]oda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses"; y, de otra, que "El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos". La misma norma indica que dicho artículo "no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado".[9]

No son las únicas normas que garantizan el derecho de reunión. El artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) les atribuye el derecho "a la libertad de asociación *y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas*" (numeral 1), sin que puedan imponerse restricciones al ejercicio de estos derechos "diferentes de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás".[10]

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial requiere en su artículo 5.ix que los Estados prohíban y eliminen la discriminación racial en todas sus formas, garantizando el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de, entre otros derechos, de los de "*libertad de reunión* y asociación pacíficas".[11] Y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (1998) se refiere también a este derecho en el inciso a) de su artículo 5 prescribiendo que, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional, entre otros, "a *reunirse o manifestarse pacíficamente*".[12]

---

7 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entro en vigor el 23 de marzo de 1976.

8 La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que se llevo a cabo en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 y es conocida como el Pacto de San José.

9 Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, (ETS No. 5), 213 U.N.T.S. 222, modificado por los Protocolos 3, 8 y 11, artículo 11.

10 *Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, art. 15, numeral 2. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.*

11 *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.*

12 La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos fue adoptada mediante la Resolución 53/144, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de marzo de 1999.

El artículo 15 de la Convención Americana –como todas las normas antes citadas– garantiza el derecho de reunión a todas las personas, sin que sea admisible una matización relativa a la nacionalidad de estas, de modo que puede inferirse que la protección otorgada al derecho de reunión incluye también la protección del que en este ámbito portan los extranjeros residentes en los Estados que son parte de la Convención. Reforzando esta prescripción, el articulo 26.1.a de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares demanda que los Estados garanticen el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a "participar *en las reuniones* y actividades de los sindicatos *o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley*, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente", e indicando en el numeral 2 del mismo artículo que el ejercicio de este derecho sólo puede estar sujeto "a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás".[13]

Como se ve, las normas internacionales glosadas conceden una amplitud vasta al derecho de reunión, estableciendo un definido catálogo de criterios limitadores cuyo fin es que el derecho sólo pueda verse afectado por restricciones compatibles con las necesidades de una sociedad democrática, en orden a la protección de los demás bienes y derechos convencionalmente protegidos, y de modo que todo límite que se imponga a su ejercicio no sólo responda a razones objetivas, sino que resulte proporcional al fin perseguido.

1. Cuestiones generales

Cabe señalar, en primer lugar, que el derecho de reunión es considerado un derecho civil y político, siendo definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes. Constituye por ello una clara manifestación de la vocación asociativa del ser humano y, a la vez, un reflejo directo de los procesos de interacción humana. La intención y el propósito que convoca a quienes se reúnen constituyen, además, los elementos primordiales que distinguen a la reunión de una coincidencia accidental de personas.[14]

El derecho de reunión es, además, un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español al calificarlo como "un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio".[15]

Para que la libertad de reunión sea protegida como derecho, además, no basta que ocurra el hecho de que un conjunto de personas se encuentren reunidas circunstancialmente, sino que es preciso que el agrupamiento de las mismas obedezca a objetivos en común ya que lo que identifica básicamente al derecho, y lo distingue de otras aglomeraciones casuales de individuos, es la intención de quienes se congregan; vale decir, el factor volitivo común de los agrupados.

Otro elemento distintivo del derecho de reunión es que, a diferencia del derecho de asociación, el ejercicio de éste se manifiesta de forma temporal o efímera (incluso en aquellos supuestos en los que

[13] Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990, art. 26.1.a.

[14] Opinión Disidente presentada por el Sr. Kurt Herndl, en relación con las observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, respecto a la Comunicación Nº 412/1990, Auli Kivenmaa c. Finlandia, párr. 27. En "Naciones Unidas, Informe del Comité de Derechos Humanos, Volumen II. Asamblea General. Documentos Oficiales, 49º periodo de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/49/40), p. 98, Citado en COMISION ANDINA DE JURISTAS, "Protección de los Derechos Humanos, Definiciones Operativas". Lima, 1997, p. 224-225.

[15] Tribunal Constitucional de España, Sentencia 85/1988 de 28 de Abril de 1988, recaída en el Recurso de Amparo Nº 942/1987.

se manifiesta de manera periódica), mientras que al derecho de asociación lo inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo.

Es importante destacar que, en consonancia con el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos, *la vigencia de este derecho resulta esencial para* el pleno goce tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. Constituye por ello una parte inseparable e inherente de la dignidad humana, conllevando su ejercicio el reconocimiento del pluralismo inherente a toda sociedad democrática, lo mismo que el derecho de toda persona y grupo de personas a expresar con libertad sus propias opiniones, su derecho de transmitirlas a otras personas, escuchar las ajenas y obrar en consecuencia.

Del mismo modo, es importante advertir que al hablar del derecho de reunión, se suele englobar dos modalidades de éste: *la reunión* propiamente dicha, que es de carácter estático, ya sea que se celebre en un establecimiento abierto o cerrado; y *la manifestación*, de carácter dinámico por esencia, que se celebra usualmente en las vías públicas y, normalmente, implica personas que se desplazan con la finalidad principal de expresar determinadas opiniones o ideas.

El requisito fundamental para el ejercicio válido del derecho de reunión es que su finalidad sea lícita, y dicha licitud no sólo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo este pretende ser alcanzado.

El derecho a manifestarse, por otra parte, se encuentra íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación política. Esencialmente, porque en una sociedad democrática el espacio público no sólo constituye un ámbito de circulación, sino también de participación. Este criterio que ha sido desarrollado, entre otros, por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 85/1988 del 28 de abril de 1988 al sostener que:

> el derecho de reunión ‘es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo –una agrupación de personas–, el temporal –su duración transitoria–, el finalístico –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración–’ *el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una (…) constituyendo por tanto un cauce del principio democrático participativo.*[16]

La vigencia de ambas modalidades de ejercicio del derecho de reunión –los derechos de reunión y manifestación– resulta esencial para la existencia de un Estado democrático, en la medida en que posibilita a las personas la libre expresión de sus ideas y opiniones, y en especial las de naturaleza política. Por otra parte, el carácter interdependiente de todos los derechos humanos hace que el derecho de reunión no sólo se encuentre estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos, sino que dependa en buena medida de su cabal ejercicio. En particular, porque se encuentra estrechamente ligado a los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad y a las libertades de expresión, asociación y circulación.

Así pues, por ejemplo, *el derecho de reunión tiene estrechas relaciones con la libertad de asociación y la libertad de expresión.* En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “el derecho de reunión puede entenderse como la manifestación colectiva de la libertad de expresión a través de una asociación transitoria”.[17] Y en similar sentido, el TEDH, citado por el Tribunal Constitucional del

[16] *Ibidem*, FJ 12. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional de España, sentencias 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 4; y 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2.

[17] Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*

Perú,[18] ha sostenido que "la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación", y que "la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión". En criterio del Tribunal Constitucional español, además, el derecho de reunión "opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo".[19]

La Corte Interamericana ha destacado esta interrelación poniendo de relieve que el derecho de reunión porta una condición instrumental "en la medida en que apoya el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales, permitiendo a los grupos alcanzar los fines que no estén expresamente prohibidos por la ley".[20] En similar sentido, el TEDH, ha destacado dicho carácter instrumental en varias ocasiones. Por ejemplo, en el *Caso Rekvényi Vs. Hungria*, cuando sostuvo que "la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación".[21] Y en el *Caso Stankov vs. Macedonian Organisation*, al afirmar que "la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión".[22]

Del mismo modo que respecto de los demás derechos reconocidos por la Convención Americana, los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de reunión a todas las personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación.[23] Y si el ejercicio del derecho de reunión no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter en el seno de dichos Estados, los mismos tienen el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectiva dicha libertad.[24]

2. El contenido normativo de la libertad de reunión

En su sentencia en el *Caso Escher y otros vs. Brasil,* la Corte IDH señaló que "el artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención".[25]

18 Tribunal Constitucional del Perú, Fundamento 14 de la STC Exp. Nº 4677-2004-PA/TC.

19 Tribunal Constitucional de España, Sentencia Nº 85/1988 del 28 de abril de 1988.

20 Véase Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y Otros*, Sentencia del 2 de febrero de 2001 (Serie C) Nro. 72, párr. 144. a (al hacer referencia a los argumentos expuestos en su demanda por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

21 Sentencia del TEDH, Caso Rekvényi c. Hungria, del 20 de mayo de 1999, pár. 58.

22 Sentencia del TEDH, Caso Stankov y United. Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria, del 13 de febrero de 2003, párr. 85.

23 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos): "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

24 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno): "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

25 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil.* excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 6 de julio de 2009 Serie C No. 200, párr. 169.

Como pudo apreciarse precedentemente, el contenido de este derecho se encuentra recogido en una amplia gama de instrumentos jurídicos internacionales y regionales que, conforme al principio *pro personae* (o *pro homine*), y la amplitud de los criterios de interpretación de los derechos establecidos por la Convención en su artículo 29[26] –los mismos que han sido desarrollados progresivamente por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte IDH– nos permiten integrar dichas normas para dotar de contenido, por vía interpretativa, al derecho de reunión protegido por la Convención, apelando siempre a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer el alcance de dicho derecho. En sentido inverso, deberá apelarse a la norma o interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.[27] Por ello, al interpretar y aplicar las disposiciones de los instrumentos interamericanos relativos al derecho de reunión será preciso tener en consideración, simultáneamente, las obligaciones que los Estados americanos han asumido en virtud de otros tratados de derechos humanos; todos los cuales, en conjunto, han instituido un régimen interrelacionado de protección del derecho de reunión que se refuerza mutuamente.

Así pues, dado que tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han apelado en diversas ocasiones a las decisiones proferidas por otros órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos para interpretar el contenido de los derechos protegidos por la Convención, creemos importante hacer en esta ocasión una sucinta referencia a algunos de los estándares que, respecto al derecho de reunión, ha ido conformando la doctrina elaborada al respecto por la OIT.[28] Destacando al respecto que, aunque la normativa de la OIT referida a la libertad sindical no hace referencia expresa al derecho a la libertad de reunión en ninguno de sus convenios relativos a la libertad sindical, *sus órganos de control se han encargado de generar un amplio desarrollo de la doctrina relativa al ejercicio del derecho a la libertad de reunión en el ámbito laboral, asumiéndola como un elemento intrínseco de la libertad sindical.*

En el sentido señalado, por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT[29] ha puesto de relieve que “la libertad de reunión constituye uno

26 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29 (Normas de Interpretación): Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

27 Ver en este sentido Krsticevic, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en YAMIN Alicia, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta.* Plaza y Valdés, p. 175.

28 Los órganos del sistema interamericano suelen comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, señalando que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. En Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

29 Tras la ratificación de un convenio de la OIT, los gobiernos se obligan a presentar, cada cierto número de años, memorias regulares sobre las medidas que han arbitrado para aplicarlo. La Comisión de Expertos es un órgano jurídico encargado de examinar el grado de aplicación de los convenios y las recomendaciones por parte de los Estados Miembros de la OIT. El examen de la Comisión de Expertos se fundamenta en las memorias transmitidas periódicamente por los gobiernos, de conformidad con los formularios de memoria aprobados por el Consejo de Administración de la OIT. La Comisión de Expertos se reúne una vez por año.

de los elementos esenciales de los derechos sindicales".[30] Así como su Comité de Libertad Sindical[31] ha agregado que el derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación y las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que pueda limitar este derecho u obstaculizar su ejercicio legal, salvo que tal ejercicio altere el orden público o ponga en peligro grave e inminente el mantenimiento del mismo.[32]

El Comité de Libertad Sindical ha señalado que la libertad de reunión constituye "una condición fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales", por lo que los gobiernos "deberían abstenerse de toda intervención equivalente a un requisito de autorización previa, que limite el derecho a celebrar reuniones sindicales, o que impida el legítimo ejercicio de este derecho".[33] Y ha precisado, asimismo, que el derecho de reunión "incluye el derecho de los sindicatos a celebrar libremente reuniones en sus propios locales [y que t]ambién entraña el derecho de que los representantes de los trabajadores disfruten de las condiciones necesarias para el adecuado ejercicio de sus funciones, incluido el acceso a los lugares de trabajo".[34]

Los trabajadores deben poder gozar del derecho de manifestación pacífica para defender sus intereses profesionales.[35] Adicionalmente, con arreglo a lo anterior, nadie "debe ser detenido por el mero hecho de haber participado en una manifestación, a menos que el orden publico sea seriamente amenazado".[36] En caso de arresto o imputación de alteración del orden público, "los manifestantes deberían poder recurrir con rapidez a las autoridades judiciales y disfrutar de todas las garantías procesales, de manera que la autoridad judicial pueda evaluar si las medidas en cuestión estaban justificadas y, en su caso, ordenar las correspondientes medidas de reparación. Los sindicatos deben, además, poder celebrar libremente reuniones en sus locales para examinar cuestiones sindicales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades",[37] "redactar con plena libertad los órdenes del día de dichas reuniones",[38]

---

30 Organización Internacional del Trabajo, La Libertad Sindical, Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 1985, tercera edición, párr. 140, citado en Organización Internacional del Trabajo, Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución de la OIT), 81 reunión, 1994, Informe III, Parte 4A.

31 En 1951 la OIT arbitró un procedimiento especial para la violación de los derechos sindicales, que permite a la OIT intermediar en el Caso de violación de los Convenios 87 y 98 contra cualquier gobierno, haya ratificado o no los mencionados convenios. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores pueden presentar quejas contra los Estados Miembros. El CLS es un Comité del Consejo de Administración y está compuesto por un presidente independiente y por tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores. El Comité de Libertad Sindical de la OIT examina las denuncias que se le presentan y puede tramitarlas para su examen en la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical. Si el Comité acepta el caso, se pone en contacto con el gobierno concernido para establecer los hechos. Y si decide que se ha producido una violación de las normas o de los principios de libertad sindical, emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones sobre cómo podría ponerse remedio a la situación. Posteriormente, se solicita a los gobiernos que informen sobre la aplicación de sus recomendaciones.

32 Organización Internacional del Trabajo, La Libertad Sindical, Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición revisada, 2006, párr. 130; 305. Informe, caso núm. 1893, párr. 461, 307.Informe, caso núm. 1850, párr. 116; 321. Informe, caso núm. 2066, párr. 338; 324. Informe, caso núm. 2014, párr. 923; 327. Informe, caso núm. 2153, párr. 158; 329. Informe, caso núm. 2198, párr. 685; 330. Informe, caso núm. 2144, párr. 715 y 334.º informe, caso núm. 2222, párr. 219.

33 Organización Internacional del Trabajo, La Libertad Sindical. Manual de Educación Obrera. Segunda Versión Revisada, Ginebra, 1988, p. 108.

34 *Ibid*.

35 Recopilación, 2006, párr. 132; 306. Informe, caso núm. 1884, párr. 695; 307. Informe, caso núm. 1909, párr. 493; 320. Informe, caso núm. 2023, párr. 425; 321.er Informe, caso núm. 2031, párr. 174; 326. Informe, caso núm. 2113, párr. 374; 330. Informe, caso núm. 2189, párr. 453; 335. Informe, caso núm. 2320, párrs. 664; 336. Informe, caso núm. 2340, párr. 650; 337. Informe, caso núm. 2318, párr. 338 y caso núm. 2323, párr. 1043.

36 Comité de Libertad Sindical, La Libertad Sindical, párr. 147.

37 Recopilación, 1985, párr. 142; CLS, 283. Informe, caso núm. 1479 (India), párr.98.

38 Recopilación, 1985, párr. 145.

"celebrarlas sin tener que admitir la presencia de miembros de la policía"[39] "o de un representante de las autoridades".[40] Conforme a la doctrina establecida por el Comité de Libertad Sindical, asimismo, "la detención de dirigentes sindicales con el propósito de impedir la realización de una reunión sindical constituiría una grave violación del ejercicio de derechos sindicales".[41]

Aunque el Comité de Libertad Sindical ha distinguido siempre entre las manifestaciones con objetivos puramente sindicales, que considera como pertenecientes al ejercicio de la libertad sindical, y las manifestaciones con otros fines,[42] las acciones de protesta están protegidas por los principios de la libertad sindical sólo cuando estas acciones están organizadas por organizaciones sindicales o pueden ser consideradas como actividades sindicales legítimas cubiertas por el artículo 3 del Convenio núm. 87.[43]

Es importante destacar que, dado que los convenios sobre libertad sindical se aplican por igual a trabajadores y empleadores, el Comté de Libertad Sindical ha dejado claramente establecido, también, que las organizaciones de estos últimos deben también poder celebrar libremente tales reuniones sin injerencias ni control de las autoridades.[44] De igual forma, ha señalado que, aun cuando el derecho a celebrar reuniones sindicales es un requisito básico de la libertad sindical, las organizaciones [de empleadores y trabajadores] deben cumplir con las disposiciones generales de la ley y someterse a formalidades razonables cuando tales reuniones se celebran en lugares o locales públicos. El Comité ha señalado que, si bien los gobiernos son responsables del mantenimiento del orden público y, en circunstancias especiales, corresponde a estos decidir si ciertas reuniones, incluidas las sindicales pueden poner en peligro el orden y la seguridad pública, así como tomar medidas preventivas, las autoridades no debieran adoptar medidas destinadas a preservar la legalidad que impidan la celebración de tales reuniones: y si decidieran prohibir una reunión en un lugar público, a fin de evitar disturbios, "deberían permitir que se celebre en un lugar donde no se teman desórdenes, de modo que subsista en esa forma la libertad de reunión".[45]

La libertad de reunión –ha dicho el Comité– se aplica también a las reuniones internacionales; y toda medida que impida que un dirigente de una organización de trabajadores o de empleadores concurra a tales reuniones, o participe en ellas, constituye una grave limitación de las garantías que establece el artículo 3 del Convenio núm. 87 de la OIT.[46]

El derecho de organizar reuniones públicas, inclusive desfiles para el 1º de mayo o cualquier otra manifestación de apoyo a reivindicaciones de carácter económica y/o social, constituye un aspecto importante de los derechos sindicales.[47] No obstante, las organizaciones se encuentran obligadas a respetar las disposiciones generales sobre reuniones públicas, aplicables a todos.[48] De este modo,

---

39 Recopilación, 1985, párr. 148; CLS 278. Informe, caso núm. 1337 (Nepal), párr. 125.

40 Recopilación, 1985, párr. 149.

41 Organización Internacional del Trabajo , La Libertad Sindical. Manual de Educación Obrera, p. 109.

42 Recopilación, 206, párrs. 133 y 464; 300. Informe, caso núm. 1818, párr. 364; 308. Informe, caso núm. 1934, párr. 131; 309. Informe, caso núm. 1852, párr. 340; 311.er Informe, caso núm. 1969, párr. 148, 332. Informe, caso núm. 2238, párr. 968 y 334. Informe, caso núm. 2222, párr. 219.

43 Comité de Libertad Sindical, 333. Informe, caso núm. 2204, párr. 228.

44 Organización Internacional del Trabajo, Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *op. cit*. P.19.

45 Organización Internacional del Trabajo, La Libertad Sindical. Manual de Educación Obrera. Segunda Versión Revisada, Ginebra, 1988, p.109.

46 Convenio núm. 87 de la OIT, artículo 3: "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal". Véase Comité de Libertad Sindical, 287 informe, párr. 3. Véase también Recopilación, párr. 171.

47 Recopilación, 1985, párrs. 154 a 156; Comté de Libertad Sindical, 283. Informe, caso núm. 1590 (Lesotho), párr. 349. Véase también Recopilación de 2006, párr. 135; 308. Informe, caso núm. 1894, párr. 539; 323.er Informe, caso núm. 2074, párr. 148 y 324. Informe, caso núm. 2055, párr. 683.

48 Recopilación, 1985, párr. 158; CLS, 279. Informe, caso núm. 1572 (Filipinas), párr. 583. Véase también Recopilación de

cuando exista el temor de que se pudieran producir desórdenes u otras formas de alteración del orden público, la prohibición de manifestaciones o desfiles por la vía pública en ciertas zonas no constituye *per se* una violación de los derechos sindicales.[49] No obstante, las autoridades deberían hacer lo posible para entenderse con los organizadores de las manifestaciones con objeto de permitir su celebración en otro lugar donde no se teman desórdenes[50] Si bien cabe admitir que se decreten limitaciones razonables, éstas no deberían menoscabar las libertades civiles fundamentales.

A este respecto, el Tribunal Constitucional de Perú ha expresado que "tal como lo establece el artículo 2º 12 de la Constitución [peruana], los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser "probados". No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas".[51] Y ha agregado que "[e]n tal sentido, debe tenerse presente que la prohibición debe ser la última *ratio* a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto. Se trata, en suma, *de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad).*

Sobre el mismo tópico, su homólogo español ha indicado que:

> si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (favor libertatis), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados.[52]

De acuerdo con la doctrina del CLS, las autoridades sólo deberían recurrir a la fuerza pública cuando se halla realmente amenazado el orden público; la intervención de la fuerza pública debería guardar debida proporción con la amenaza del orden público que se trata de controlar y los gobiernos deberían tomar disposiciones para que las autoridades competentes reciban instrucciones adecuadas con el objeto de eliminar el peligro que implica los excesos de violencia cuando se trata de controlar manifestaciones que pudieran entrañar alteración al orden público.[53]

Es importante hacer notar, llegados a este punto, que si bien la legislación laboral internacional y el derecho internacional de los derechos humanos constituyen disciplinas jurídicas diferentes, ello

---

2006, párr. 141; 300. Informe, caso núm. 1791, párr. 339; 304. Informe, caso núm. 1865, párr. 247; 308. Informe, caso núm. 1914, párr. 670; 327. Informe, caso núm. 2148, párr. 802; 335. Informe, caso núm. 2285, párr. 1184; 336. Informe, caso núm. 2358, párr. 719 y 337. Informe, caso núm. 2318, párr., 339.

49 Recopilación, 1985, párr. 163.

50 Recopilación, 1985, párr. 164 y CLS, 280. Informe, casos núms. 997, 999 y 1029 (Turquía), párr. 34. Véase también Recopilación de 2006, párr. 137 y 300. Informe, casos núms. 1811 y 1816, párr. 311; 304. Informe, caso núm. 1837, párr. 55; 308. Informe, caso núm. 1914, párr. 670, 311. Informe, caso núm. 1865, párr. 336; 320. Informe, caso núm. 2027, párr. 872; 328. Informe, caso núm. 2143, párr. 593; 330. Informe, caso núm. 2189, párr. 872; 328. Informe, caso núm. 2143, párr. 593; 330. Informe, caso núm. 2189, párr. 453; 332. Informe, caso núm. 2218, párr. 422; 336. Informe, caso núm. 2340, párr. 651 y 337. Informe, caso núm. 2323, párr. 1031.

51 Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2005, recaída en el Expediente N° 4677-2004-PA/TC, párr. 18.

52 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Nº 195/2003, del 27 de Octubre de 2003, Fundamento 7.

53 Recopilación, 2006, párr. 137 y 300. Informe, casos núms. 1811 y 1816, párr. 311; 304. Informe, caso núm. 1837, párr. 55; 308. Informe, caso núm. 1914, párr. 670, 311. Informe, caso núm. 1865, párr. 336; 320. Informe, caso núm. 2027, párr. 872; 328. Informe, caso núm. 2143, párr. 593; 330. Informe, caso núm. 2189, párr. 872; 328. Informe, caso núm. 2143, párr. 593; 330. Informe, caso núm. 2189, párr. 453; 332. Informe, caso núm. 2218, párr. 422; 336.Informe, caso núm. 2340, párr. 651 y 337. Informe, caso núm. 2323, párr. 1031.

no obsta para que, como señala Krzysztof Drzeewcki, no sean considerados válidos y "dimensiones complementarias de la protección de los derechos relacionados con el trabajo en el derecho internacional moderno".[54] Sobre todo, teniendo en cuenta, como dice O'Donell, que "ni el Comité de Derechos Humanos ni los órganos del sistema interamericano han adoptado ninguna doctrina sobre la libertad de reunión, y su jurisprudencia sobre el tema no es extensa. En contraste, el Comité de Libertad Sindical ha desarrollado una doctrina importante" al respecto.[55]

Claramente consciente de ello, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta en varias oportunidades los convenios de la OIT, interpretándolos en consonancia con las normas violadas de la Convención, tal como ocurrió en los *Casos Baena Ricardo vs. Panamá, Huilca Teccse vs. Perú* y *Cantoral Huamani vs. Perú*, entre otros. Ello no quiere decir, por cierto, que la Corte cuente con competencia para declarar a un Estado responsable por la violación de las disposiciones de los convenios de la OIT, sino que puede, y debe, utilizar tales convenios como pauta de interpretación de las obligaciones convencionales, a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la Convención.[56] Artículo que en su inciso b) señala que "*[n] inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (…) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*". Así pues, en el evento en el cual el Estado denunciado hubiera ratificado algún convenio de la OIT que tenga relación con los hechos de un caso, los órganos del sistema no podrán interpretar la CADH en un sentido que limite la esfera de protección reconocida en aquel convenio; o, dicho de otra manera, deberán tener en cuenta dicho reconocimiento en el momento de interpretar las normas de la Convención.

3. Limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de reunión

Como todo derecho fundamental, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El análisis comparado de los instrumentos internacionales citados supra permite desprender algunos elementos comunes al derecho de reunión y determinar sus modalidades de restricción. En cuanto a sus elementos comunes, destaca el hecho de que el derecho de reunión se configura cuando se trata de una reunión pacifica, cuando se lleva a cabo con miras a promover un interés común, y cuando se produce sin alterar desproporcionadamente el orden público o los derechos y libertades de los demás.

Las limitaciones que se pueden aplicar al derecho a la libertad de reunión son, en primera instancia, las que derivan del tenor mismo del primer párrafo del artículo 15 de la Convención; esto es, que se trate de reuniones "pacíficas y sin armas". Las reuniones deben ser efectivamente pacíficas, es decir, que no debe producirse una alteración del orden público por parte de quienes la llevan a cabo, excluyéndose el uso de armas e incluyéndose el compromiso de respetar la propiedad pública y privada así como la tranquilidad ciudadana. Criterios que, como ha referido la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-456 del 14 de julio de 1992,

> deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Por lo general, es insuficiente un peligro eventual y genérico, un simple temor o una sospecha. La naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*.

---

[54] Drzeewcki, Krzysztof. El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo. Escuela Nacional Sindical, Medellín, Septiembre 1996, p. 6.

[55] O'donell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, p. 694.

[56] Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus Miembros vs. Ecuador.* Informe No. 62 del 13 de octubre de 2004, párr. 49.

Así pues, se vulnerará el derecho de reunión cuando se dificulte o impida arbitrariamente, mediante el establecimiento de cercos policiales u otros métodos represivos, que las personas asistan a las reuniones convocadas; o cuando no se permita o dificulte que los organizadores puedan expresar libremente sus opiniones; o cuando se impedida a sus destinatarios escucharlos mediante la propagación de ruidos molestos o la realización de contramanifestaciones, pues, como ha mencionado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 66/1995, en un caso en que precisamente se discutían los límites de la libertad de reunión, que *"en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación"*.[57]

En segundo lugar se encuentran aquellas restricciones a las que alude el segundo párrafo del artículo. Esto es, las que prevea "la ley" y "sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás".

En efecto, tanto el Pacto, como el Convenio Europeo y la Convención Americana afirman que la restricción del derecho de reunión sólo se puede hacer en circunstancias particulares y conforme a la ley. Ambos tratados exigen, en primer lugar, la existencia de una ley adoptada con el objetivo de reglamentar el derecho de reunión y las restricciones asociadas; y, en segundo lugar, que estas restricciones se ejerzan en situaciones en las que el ejercicio del derecho de reunión pusiera en peligro el buen funcionamiento de una sociedad democrática. Por ejemplo, cuando la reunión de dos grupos opuestos se ha previsto en la misma fecha y en el mismo lugar de la ciudad y se puede prever la posibilidad de que degenere y amenace la seguridad colectiva, la ley puede permitir que las autoridades públicas intervengan para restringir el contacto entre los miembros de estos grupos. Esta intervención podría incluir la instalación de una barrera entre ellos, el desvío de su recorrido o exigir que las manifestaciones se desarrollen a fecha y horas diferentes. Entonces, las medidas adoptadas por la policía podrán interpretarse como medidas necesarias para el buen funcionamiento de una sociedad democrática y tomadas con el objetivo de proteger a los grupos que ejercen su derecho a la reunión pacífica.

En el *Caso Plattform Ärzte fur das Leben c. Austria*, los organizadores de una manifestación contra el aborto pidieron a la policía que los protegiera contra los participantes hostiles de una contramanifestación. En dicho caso, el TEDH estimó que el Estado tenía la obligación positiva de asegurar la protección de los grupos que ejercían su derecho de reunión pacífica. En su sentencia, el Tribunal Europeo dijo también que "en una democracia el derecho de contra manifestar no podía paralizar el ejercicio del derecho a manifestar".[58]

Aunque en algunos contextos, las autoridades pueden verse tentadas a emplear las cuestiones relativas a la seguridad o el orden públicos para intentar justificar limitaciones a la libertad de reunión; no obstante, debe tenerse presente siempre que tales restricciones deben tener por objeto primordial proteger los derechos de los particulares que puedan ser afectados en forma indebida por el ejercicio del derecho, antes que facultar la imposición de limitaciones arbitrarias o desproporcionadas por parte de los Estados.

El criterio básico al que deben sujetarse las autoridades debe ser, por ello, favorecer el pleno ejercicio del derecho de reunión, de manera tal que los límites que se impongan al derecho sean interpretados de manera restrictiva y, en todo caso, poseer una fundamentación objetiva que conjure la presencia de decisiones irrazonables o arbitrarias.

Tal como señala el artículo 30 de la Convención al referirse a su alcance, las restricciones "al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Así pues, en palabras del máximo Tribunal Interamericano, "no es posible interpretar la expresión

[57] Tribunal Constitucional de España, sentencia Nº 66/1995, del 8 de Mayo de 1995. Énfasis añadido.
[58] FIDH, *op. cit*, pág. 12.

leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".[59] 'Bien común' y 'orden público' son, además, términos de la Convención que según la Corte, "deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa";[60] y los derechos del hombre, que "tienen como fundamento los atributos de la persona humana ", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2)". Razón por la cual, el Tribunal ha señalado también que "[…] de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención).

Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias " de " una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".[61]

En suma, sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.[62]

En otro orden de ideas, es pertinente señalar que, aunque el derecho de reunión sea uno de eficacia directa e inmediata, por lo que no se encuentra sujeto a un régimen jurídico de autorización previa para su ejercicio, al encarar el caso específico de las reuniones cuya realización es convocada para concretarse en una plaza o vía pública, se requiere armonizar su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, con el deber de proteger "la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás". Dada la amplitud de estos conceptos, será menester llevar a cabo una interpretación *favor libertatis* de los mismos de forma que no se merme la amplitud del derecho que se pretende proteger, y se tenga en cuenta, tal como indica el propio artículo 15 de la Convención, que tales restricciones deben ser necesarias "en una sociedad democrática".[63]

De acuerdo con ello, las autoridades pueden requerir ser informadas, con antelación suficiente, acerca de las reuniones que se lleven a cabo en plazas o vías públicas, de manera que puedan adoptar las providencias que resulten necesarias y proporcionales para que el derecho al libre tránsito –también

[59] Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26.

[60] Carta de la OEA, art. 3.d.

[61] Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva Humanos OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67.

[62] Corte IDH. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 35.

[63] La Corte Interamericana ha interpretado la expresión "necesaria en una sociedad democrática" en su Opinión Cultiva OC5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 46, haciendo un símil con la jurisprudencia europea y afirmando que "en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la "existencia de una" necesidad social imperiosa", es decir que debe estar orientada "a satisfacer un interés público imperativo"; (ii) entre varias opciones para alcanzar ese objetivo "debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido"; y (iii) "la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo".

protegido por la Convención– no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario; habilitando, de ser necesario, vías alternas de circulación; y/o adoptando medidas igualmente necesarias y proporcionales para proteger a los manifestantes o, de ser el caso, para prevenir y/o reprimir, de manera también proporcional, la eventual afectación de la integridad personal de éstos, de terceros no participantes en la manifestación o de bienes públicos o privados. En este sentido, la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos recordó en el *Caso Rassemblement Jurassien c. Suiza* que "el interés público vinculado a la libertad de reunión pacífica puede momentáneamente ceder el paso al interés público igualmente legítimo que representa la vida comunitaria armoniosa de los ciudadanos en una sociedad democrática".[64] Así, aunque en dicho caso la Comisión reconoció que el derecho a la libertad de reunión se inscribía en "el interés público" de una sociedad democrática, estimó igualmente que el derecho podía ser momentáneamente limitado cuando su ejercicio obstaculizara otros derechos igualmente legítimos.

El poder de regular el ejercicio de la libertad de reunión, no obstante, en ningún caso autoriza a las autoridades a obstaculizarlo sin justificación o, incluso contando con esta, a limitarlo de manera innecesaria y desproporcionada. Por el contrario, las limitaciones que se prevean deberán encontrar un equilibrio apropiado entre los intereses de las personas que desean ejercer su derecho a la libertad de reunión y los intereses del resto de la sociedad. Así pues, las restricciones que la ley contemple, o que las autoridades adopten, en orden a proteger el interés y la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moralidad públicas, así como los derechos y libertades de los otros, tal como lo prescribe el articulo 15 de la Convención y la jurisprudencia internacional, de ninguna manera podrá comportar un sacrificio desproporcionado del derecho de quienes desean ejercer su derecho a la libertad de reunión.

Las restricciones en este caso deberán ser siempre temporales y aplicarse exclusivamente cuando se revelen necesarias al interés de la seguridad nacional o del orden público en una sociedad democrática o cuando tengan que proteger los derechos y las libertades de otros. Así lo ha entendido la Comisión IDH cuando calific de "completamente desproporcionada" y de "extrema restricción" a la libertad de reunión una legislación aprobada en Uruguay que requería un permiso de la policía que debía solicitarse con diez días de anticipación para cualquier acto público, asamblea, elección, conferencia, desfile, congreso o evento deportivo, cultural, artístico o familiar".[65] O cuando señaló que la detención de participantes en manifestaciones que se desarrollaban en forma pacífica atentaba contra el derecho de reunión, aun cuando la privación de la libertad no dure más que algunas horas y no resulte en una acusación penal.[66]

En forma similar, y en cuanto a los mecanismos por medio de los cuales es pasible, legítima y proporcionalmente, limitar el ejercicio de este derecho en salvaguarda de otros bienes jurídicos igualmente protegidos, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990)[67] han señalado que "[a]l dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario";[68] y que al dispersar reuniones violentas, tales funcionarios "sólo podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria",[69] absteniéndose del uso de tales armas de fuego en esos casos, salvo que esto ocurriera "en defensa propia o de otras personas, en caso de

---

64 Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre admisibilidad, Rassemblement Jurassien c. Suiza, Petición No 8191-78, decisión del 10 de octubre de 1979.

65 CIDH, Informe Anual 1979-1980, pp. 128-130 (Uruguay). Citado por: O´Donell, Daniel. "Protección Internacional de los derechos Humanos". Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989, 2ª ed. P. 263.

66 *Ibidem*, pp. 105-107 (Chile).

67 Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley fueron adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, el 07 de septiembre de 1990.

68 *Ibidem*, Principio 13.

69 *Ibidem*, Principio 14.

peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida".[70]

Así pues, no siendo suficiente con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos en perjuicio de otros, las restricciones al derecho de reunión sólo encontrarán apoyo en aquellos casos en los que existan datos objetivos que permitan deducir de forma indubitable que la manifestación no se ajusta a los parámetros convencionales, y especialmente en relación con la necesidad de proteger la salud y moral públicas, así como los derechos y libertades de los demás. Por esta razón, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión no solo deben ser convincentes e imperativos de modo que puedan justificar las restricciones a esa libertad,[71] sino que deben ser *probados*. Esto es, que no deben tratarse de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español, "la reunión o manifestación va a depender de su carácter pacífico. Aunque, ciertamente, toda reunión en lugar de tránsito público o manifestación provoca una restricción al derecho de libre circulación de los ciudadanos no manifestantes, dicha restricción no puede dar lugar por sí sola a una prohibición si se cumple el requisito del carácter pacífico, entendiendo por tal la ausencia de alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes.[72] No cabe, por lo demás, someter las ideas o reivindicaciones de los manifestantes a ningún tipo de controles de oportunidad política basados en los principios y valores, tanto jurídicos como metajurídicos, dominantes en la sociedad o que se identifiquen con cualquier género de ideología o pensamiento".[73]

Estas prescripciones son especialmente relevantes en contextos en lo que las autoridades se sienten tentadas de criminalizar la protesta social, asumiendo a ésta –tal como señala la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH)– como "una oposición colectiva a una política gubernamental, o un rechazo categórico de una estructura sea social, política o económica".[74] "La protesta pacífica de determinados sectores de nuestra sociedad, así entendida, se encuentra protegida por los derechos de asociación, de reunión, a la libertad de expresión, los derechos sindicales y las garantías judiciales.

Conforme a la Federación Internacional de los Derechos Humanos, y enfocada desde una perspectiva histórica, la protesta social "ha sido el motor de muchas reformas transitorias o estructurales. De la Revolución Francesa a la abolición de la esclavitud, de movimientos de independencia nacional a combates por el reconocimiento de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la protesta social es un instrumento que le permite a la sociedad civil renovar, reformar o inclusive derribar las viejas estructuras opresivas y avanzar hacia un mejor equilibrio de los derechos individuales y colectivos".[75] Para que sea reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico se requiere que ésta sea pacífica y sin armas, así como que su ejercicio no vulnere otros derechos fundamentales.

---

[70] *Ibidem*, Principios 14 y 9. Sobre uso de la fuerza, véase también el comentario al artículo 4º de Carlos Ayala Corao y María Daniela Rivero en esta misma obra.

[71] En este sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Sidiropoulos Vs. Grecia*, de 10 de julio de 1998, párr. 40.

[72] Tribunal Constitucional español, STC 59/1990, de 29 de marzo, «Jurisprudencia Constitucional», tomo vigésimo sexto, julio de 1991, F.J. 8, pág. 781.

[73] Tribunal Constitucional español, STC 66/1995, de 8 de mayo, suplemento BOE núm. 140, 13 de junio de 1995, F.J. 3, pág. 10.

[74] Federación Internacional de los Derechos Humanos, "La protesta social pacífica: ¿Un derecho en las Américas?" (Informe Nº 460/3), octubre de 2006, p. 5, http://www.servindi.org/pdf/FIDH_ProtestaSocial.pdf. Creada en 1922, la FIDH representa a más de 150 ligas y organizaciones de derechos humanos en todo el mundo.

[75] Federación Internacional de los Derechos Humanos. *op. cit*., p. 5.

Así pues, la prohibición debe constituir la última *ratio* a la que apele la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser necesario, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar del evento, su fecha, hora, duración o itinerario previstos. La prohibición o imposición de restricciones al ejercicio del derecho de reunión deben encontrarse debidamente motivadas por la autoridad competente, *caso por caso,* de forma que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables, y, en modo alguno, más allá de lo que estrictamente necesario.

III. El derecho de asociación

Cuando se redactó la Carta de la OEA, en 1948, se enuncio que "la misión histórica de América era la de ofrecer un ámbito de libertad individual y de justicia social, fundado en la moral y el respeto a los derechos humanos".[76] Y para asegurar este propósito se definió un conjunto de principios y mecanismos que se juzgaron indispensables para que el hombre alcanzara "la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz". Entre esos principios y mecanismos se incluyo, en el inciso c) del artículo 45 de la Carta, el derecho de los empleadores y de los trabajadores, tanto rurales como urbanos, a "*asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva*"; poniendo de relieve su inciso g), además, "*el reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo*".

En forma paralela y teniendo como antecedente los "principios fundamentales" de la Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia General de la OIT en mayo de 1944,[77] la IX Conferencia Internacional Americana de Río de Janeiro adopto la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales,[78] cuyo propósito es "declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase". La Carta "constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables",[79] y en su artículo 26 precisa que:

> Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos.

---

[76] Preámbulo de la Carta de la Organización de Estados Americanos suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

[77] En 1919 se creó la Organización Internacional del Trabajo, asignándole como misión promover los derechos fundamentales de los trabajadores y los asalariados, proveerlos de protección social y mejorar las condiciones de trabajo a través del diálogo social entre trabajadores, asalariados, patronos y gobiernos. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la OIT enuncio en Filadelfia, en 1944, la Declaración de Filadelfia, basada en cuatro principios fundamentales: a) el trabajo no es una mercancía; b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos, d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

[78] La formulación de la Carta fue encomendada al Comité Jurídico Interamericano por resolución LVIII de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz reunida en México en 1945, presentándose un "Proyecto de Carta Interamericana de Garantías Sociales" en Río de Janeiro en 1947, el mismo que fue finalmente aprobado mediante resolución XXIX de la Conferencia Panamericana de Bogotá en 1948.

[79] Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, artículo 1.

> Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.
>
> Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.
>
> La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos.
>
> Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.

El enfoque garantista de estos instrumentos interamericanos coincide con los principios adoptados por la OIT en su Convenio núm. 87 relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, también de 1948. El convenio núm. 87 reconoce en su artículo 2 el derecho de los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a "constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". Su artículo 3 agrega que las organizaciones así constituidas "tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción"; prescribiendo, además, que las autoridades públicas deben abstenerse "de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

Los artículos 4, 5 y 6 del mismo prescriben, además, que las organizaciones constituidas por los trabajadores y empleadores al amparo de este derecho "no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa"; que "tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas"; que estas organizaciones tienen "el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores"; y que las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este se aplican también "a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores". Las restricciones al derecho de asociación sindical, por su parte, son reguladas por el artículo 7 del Convenio, conforme al cual "[l]a adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio"; y también por el artículo 9, que delega en la legislación nacional la facultad de determinar "hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el (…) Convenio".

Principios que protegen el derecho de asociación en el ámbito sindical y han sido igualmente desarrollados por otros convenios de la OIT referidos a la misma materia, tales como los convenios núm. 11 (1921),[80] 84 (1947),[81] 98 (1949),[82] 141 (1975)[83] y 151 (1978).[84]

El mismo año de 1948 se aprobó la DADDH que, inspirada por un espíritu similar al de los instrumentos ya citados, aunque desde una perspectiva más amplia, consagro en su artículo XXII el derecho de *toda persona* (y ya no sólo de trabajadores y empleadores), a "asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional,

---

80 Convenio Nº 11 de la OIT, relativo a los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas (agricultura), 1921.

81 Convenio Nº 84 de la OIT, relativo al derecho de asociación y a la solución de los conflictos de trabajo en los territorios no metropolitanos, 1947.

82 Convenio Nº 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

83 Convenio Nº 98 de la OIT, relativo a las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social, 1975.

84 Convenio Nº 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

sindical o de cualquier otro orden". Meses más tarde, la DUDH reconocería también, en su artículo 20, el derecho de toda persona "a la libertad de reunión y de asociación pacíficas", destacando desde la dimensión negativa del derecho, que "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".[85]

Desarrollando la libertad de asociación enunciada por la DUDH, y de una manera igualmente amplia, el PIDCP estableció en su artículo 22 que "[t]oda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses"; que el ejercicio de este derecho sólo puede estar sujeto a "las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás; que las salvaguardas anteriores no proscriben la eventual imposición "de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía"; y que ningún Estado Parte en el Convenio núm. 87 de la OIT puede adoptar "medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que puede menoscabar esas garantías".

En paralelo, y desde una perspectiva complementaria, aunque enfocada en la dimensión sindical del derecho de asociación, el PIDESC[86] consignó en su artículo 8 el deber estatal de garantizar "[e]l derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales", proscribiendo la imposición de "otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos".[87] Reconoció, asimismo, el derecho de los sindicatos "a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internaciones o a afiliarse a las mismas",[88] así como a "funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos".[89] Y también, finalmente, "el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país".[90]

Como en el caso del Convenio OIT núm. 87, el PIDESC admite que los Estados pueden "someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas y de la policía", a los que suma los miembros "de la administración del Estado,[91] aclarando, no obstante, que nada de lo dispuesto en él autoriza a los Estados Partes en el Convenio núm. 87 "a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías".[92]

Con criterios similares a los del artículo 22 del PIDCP, la CADH proclama en su artículo 16 que "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole"; y que "El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás". La Convención empero, no sólo admite restricciones legales al ejercicio del derecho de asociación respecto de los miembros

85 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 20, núm. 1 y 2.

86 *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976.*

87 *Ibidem*, artículo 8, numeral 1, inciso a).

88 *Ibidem*, artículo 8, numeral 1, inciso b).

89 *Ibidem*, artículo 8, numeral 1, inciso c).

90 *Ibidem*, artículo 8, numeral 1, inciso d).

91 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 8, numeral 2.

92 *Ibidem*, Artículo 8, numeral 3.

de las fuerzas armadas y de la policía, como lo hacen el Convenio núm. 87 de la OIT, el PIDCP y el PIDESC, sino que permite, incluso, "*la privación* del ejercicio del derecho".[93]

De otra parte, coincidiendo con los criterios establecidos por el Convenio 87 de la OIT y complementando las disposiciones de la Convención, su Protocolo de San Salvador (1988)[94] reconoce en su artículo 8, relativo a los derechos sindicales, "El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses",[95] y señala que, como proyección de este derecho, "los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección",[96] permitiendo que estos "funcionen libremente".[97]

El Protocolo de San Salvador reconoce expresamente el derecho de huelga,[98] y enuncia, tanto que el ejercicio de estos derechos "sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás",[99] como que "[l]os miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley".[100] Reconociendo explícitamente la dimensión negativa del derecho de asociación en el ámbito sindical, establece, además, que "[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato".[101]

Como se sabe, aunque el Protocolo faculta a la Comisión IDH a incluir en sus Informes Anuales a la Asamblea General o en informes especiales las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de todos los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en éste,[102] al mismo tiempo limita exclusivamente al caso de las libertades sindicales (artículo 8.1.a) y al derecho de educación (artículo 13) la posibilidad de requerir la participación de la Comisión, y cuando proceda de la Corte IDHmediante la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando estos derechos fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del Protocolo.[103] Ello no obsta, sin embargo, para que, en aplicación del artículo 29 de la misma Convención, los órganos del sistema interamericano puedan aplicar otras disposiciones del mismo Protocolo –como las disposiciones contenidas en el inciso 1.b del mismo artículo 8 y/o sus numerales 2 y 3– u otras normas del derecho internacional de los derechos humanos, como las citadas precedente y posteriormente, para interpretar el alcance y contenido del derecho y las restricciones que válidamente lo pueden afectar.

Entre esas otras normas se puede mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que consigna en su artículo 15 el derecho de las y los niños "*a la libertad de asociación* y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas",[104] proscribiendo, como en el caso de las normas citadas *supra*, la

[93] Convención Americana sobre Derechos Humanos, articulo 16, núm. 3.

[94] El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999.

[95] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, articulo 8.1.a.

[96] *Ibid*.

[97] *Ibid*.

[98] *Ibidem*, artículo 8.1.b.

[99] *Ibidem*, artículo 2.

[100] *Ibid*.

[101] *Ibidem*, artículo 8.3.

[102] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 19, numerales 1 al 5 y 7.

[103] *Ibidem*, artículo 19.6.

[104] *Convención de los Derechos del Niño, artículo 15, núm. 1. La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entro en vigor*

imposición de restricciones al ejercicio de estos derechos "distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás".[105] También a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,[106] que instituye el compromiso de los Estados partes "a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en cuanto al goce de derechos civiles que incluyen el derecho "a la libertad de reunión *y de asociación pacíficas*"; lo mismo que a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, su derecho "*a fundar sindicatos y a sindicarse*".[107]

Lo mismo ocurre con el artículo 4 de la Convención de Belém do Pará,[108] que reconoce el derecho que todas las mujeres tienen "al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos"; derechos comprenden, entre otros, el derecho "a libertad de asociación".[109] El artículo 26 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990),[110] reconoce el derecho con criterios bastante amplios, indicando que aquellos/as a quienes la Convención se aplica tienen el derecho (i) de "[p]articipar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente"; (ii) de "afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente"; y (iii) de "solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas". El artículo 40 de esta Convención refiere, además, que los trabajadores migratorios y sus familiares tienen "el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole". Y, en ambos casos, que el ejercicio de tales derechos sólo puede estar sujeto a restricciones previstas por la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática "en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás".[111]

Otros instrumentos internacionales que amparan este derecho son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951),[112] cuyo artículo 15 indica que, "[e]n lo que respecta a las asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que

el 2 de septiembre de 1990.

105 *Ibidem*, numeral 2.

106 *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969.*

107 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5, incisos d.ix y e.ii.

108 La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer fue aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Entro en vigor el 5 de marzo de 1995.

109 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, artículo 4.h.

110 La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990. Entro en vigor el 1º de julio de 2003.

111 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículos 26.2 y 40.2.

112 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas de las Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Entro en vigor el 22 de abril de 1954.

residan legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero". Y la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992), que en su artículo 2 refiere que "[l]as personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones".[113]

Otro tanto hace la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (1998),[114] cuyo artículo 5 reconoce que, con el fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional, a "formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos". Y, finalmente, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas cuyo Principio 22 refiere que no se harán entre los desplazados internos, con independencia de que vivan o no en campamentos, distinciones basadas en su desplazamiento en el disfrute de, entre otros, el derecho "a asociarse libremente y a participar en pie de igualdad en los asuntos comunitarios".

Como se aprecia, el reconocimiento de derecho de asociación pacifica es extenso, y es considerado en el caso específico de la asociación con fines sindicales una norma consuetudinaria vinculante para todos los Estados miembros de la OIT, incluyendo a los que no han ratificado el Convenio núm. 87 sobre Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación. Algunas de estas normas consagran la dimensión positiva y negativa del derecho (esto es, el derecho a ser parte o no de una entidad asociativa); y la mayor parte de ellas admite, como en el caso de otros derechos fundamentales, restricciones que cumplan el principio de legalidad, estén dirigidas a salvaguardar otros bienes jurídicos igualmente protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y satisfagan una necesidad propia de una sociedad democrática. El régimen interconectado de obligaciones contractuales establecido por estos instrumentos puede y debe usarse para asegurar una interpretación comprensiva y lo más amplia posible del contenido y posibilidades de ejercicio del derecho, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 29 (b) de la Convención.[115]

La observancia del artículo 16 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona se vea privada arbitrariamente de su derecho a asociarse pacíficamente con otras para la consecución de un fin lícito (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

1. Cuestiones generales

De acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, la libertad de asociación autoriza a las personas a constituir, de manera voluntaria y pacífica, agrupaciones permanentes dirigidas a la consecución de uno o varios fines específicos. Sus rasgos característicos están definidos por la existencia de una pluralidad de personas animadas por un propósito común de carácter permanente,

[113] La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

[114] La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante rresolución aprobada por la Asamblea General 53/144 del 9 de diciembre de 1998.

[115] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29 (b): "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

y por la constitución de nuevo sujeto de derechos y obligaciones diferente de las personas que lo componen. Los propósitos que pueden animar a las personas a constituir una asociación son variados y comprenden fines de naturaleza ideológica, religiosa,[116] política, económica, laboral, social, cultural, deportiva o de cualquiera otra índole, tal como establece el artículo 16 de la Convención.

En contraste con el ejercicio de la libertad de reunión, la confluencia de personas que se plantea durante el ejercicio del derecho de reunión no es esporádica, sino que tiene una vocación de permanencia en el tiempo; e implica, para las personas agrupadas alrededor del propósito de promover y defender sus intereses comunes, un conjunto de prerrogativas y obligaciones vinculadas a los motivos que las congregan.

El derecho de asociación implica un derecho y una libertad, y tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su dimensión individual el derecho implica el reconocimiento a las personas de la libertad de formar y ser parte de una entidad asociativa, de ser parte de una ya existente (libertad de asociación positiva), así como de no ser parte de ninguna, o de dejar de serlo de una de la que sea miembro (libertad de asociación negativa).

En su dimensión colectiva, el derecho de asociación implica el derecho de la entidad asociativa conformada a auto organizarse (esto es a gozar de autonomía para organizar su conformación interna, su funcionamiento y su programa de acción), y actuar libremente en defensa de los intereses de los asociados. Derecho que, por tanto, no reposa en cabeza de estos, individualmente considerados, sino en la propia organización, de modo que el interés jurídicamente protegido tiene un carácter colectivo, que no es otro que el del conjunto de miembros de la asociación, que se mantendrá constante aunque el conjunto de sus miembros cambie.

La definición del derecho de asociación incluye un componente organizativo y otro de actividad. El componente organizativo o *estático* de la libertad de asociación reposa en la facultad de agruparse colectivamente y constituir un sujeto colectivo como presupuesto de efectividad de la actuación colectiva del conjunto de personas agrupadas con tal fin. El componente *dinámico* o de actividad que distingue el derecho de asociación reposa, a su vez, en el propio funcionamiento de la entidad constituida para promover los derechos e intereses de sus integrantes. El contenido esencial del derecho involucra pues, su componente individual y colectivo y, al mismo tiempo, sus facetas de organización y actividad. En este último aspecto, la autonomía orgánica, de funcionamiento y de actuación constituye una condición esencial para la existencia de una efectiva libertad de asociación, conformada en esta dimensión por las libertades normativa o de reglamentación, de representación, de gestión y de disolución del ente asociativo conformado.

El derecho de asociación, en conclusión, reconoce y protege tanto el pluralismo organizativo y concurrencial, como el derecho al autogobierno y sin interferencias del ente colectivo conformado. Protege el derecho de las y los individuos que desean ejercerlo (libertad positiva), junto al de quienes no desean hacerlo (libertad negativa); y protege tanto los derechos de la entidad asociativa conformada, como los de los representados por ésta y dentro de ella. Dimensiones, todas, que deber ser protegidas simultáneamente.

2. El contenido normativo del derecho de asociación

A fines de 1985, a pedido de Costa Rica, y en ejercicio de la función consultiva prevista en el artículo 64 de la Convención,[117] la Corte Interamericana emitió su Opinión Consultiva Nº 5 en torno a la

[116] Sobre derecho de asociación religiosa, véase también el comentario al artículo 12 de Marco Huaco Palomino, el cual forma parte de obra.

[117] El articulo 64 de la Convención permite a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, creando un sistema paralelo al del artículo 62 y ofreciendo un método judicial alterno de carácter consultivo, cuyo objeto es ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso que prevé la misma Convención en sus

Colegiación Obligatoria de Periodistas. Aunque en ella la Corte se explayó primordialmente en torno al contenido y límites de las libertades de pensamiento y de expresión, protegidas por el artículo 13 de la Convención, a través de una opinión separada, uno de sus miembros estimó pertinente explayarse sobre el contenido del derecho de asociación. Así, el Juez Nieto Navia expresó que:

> [e]l contenido del artículo 16.1 toca, a la vez, con un derecho y con una libertad, es decir, con el derecho a formar asociaciones, que no puede ser restringido sino en los eventos y para los propósitos contemplados en los artículos 16.2 y 16.3 y con una libertad, en el sentido de que nadie puede ser compelido u obligado a asociarse. Hay que entender que ambos extremos están protegidos por la Convención (…). La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual –por oposición al físico o material– de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines. En cuanto a éstos, los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados.[118]

La Corte ha expresado en varias oportunidades que la libertad de asociación "supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación".[119] No obstante en su Opinión *Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas*, matizó esta afirmación indicando que "la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden". [120]

Cabe destacar que, respecto del ejercicio del periodismo, a diferencia de la permisividad asumida respecto de este tipo de limitaciones para ciertas profesiones, la Corte ha subrayado enfáticamente su rechazo a la colegiación de estos en razón del estrecho vínculo existente entre el ejercicio de esta profesión y la libertad de expresión. Asi, la Corte concluye que "las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta".[121]

Desde una perspectiva más general, la Comisión IDH ha afirmado que [s]egún la Declaración Americana, toda persona tiene derecho al trabajo a reunirse pacíficamente y a asociarse con otras para

artículo 62 y 63.

[118] Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Opinión Separada del Juez Rafael Nieto Navia, párrs. 4 y 6.

[119] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72, párrs. 156 y 159.

[120] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 68.

[121] *Ibidem*, párr. 76. En similar sentido se ha pronunciado la Comisión Europea de Derechos Humanos, por ejemplo en el Caso Young, James and Webster C Reino Unido en el que rechazó el argumento de que el derecho a la libertad sindical en su aspecto negativo no ha sido expresamente recogido en la Convención Europea de Derechos Humanos, o en el Caso Singurjonsson c. Islandia, en el que estableció que existe un consenso entre una gran mayoría de los Estados parte de la CEDH para salvaguardar el aspecto negativo de la libertad de Asociación, por lo que se debe considerar que el articulo 11 de la CEDH engloba un derecho de asociación negativo. La Corte Europea, por su parte, no ha encontrado que imponer restricciones al ejercicio de la libertad de asociación por parte de los miembros de las fuerzas armadas signifique una violación a la libertad de asociación (caso Rekvenyi c. Hungría).

promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos, y recordado que la Corte ha determinado que el alcance del derecho de libre asociación en materia sindical se traduce en:

> [l]a facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.[122]

De igual manera, en varios casos tramitados ante la Corte, esta ha destacado que "el artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho"; que el fin de este derecho es "agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad"; y que, en adición a las obligaciones negativas mencionadas, de la libertad de asociación derivan también obligaciones positivas de "prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita".[123]

Ciertamente, el derecho de asociación constituye una prerrogativa de todas las personas, pero su protección adquiere una significación de especial cuando reposa en cabeza de personas que lo ejercen para defender y promover los derechos y libertades de los demás, como es el caso de las y los defensores de derechos humanos. De hecho, los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano, se han pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la importancia de la labor que desarrollan aquellas personas que, individual o colectivamente, promueven y procuran la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la supervisión de las instituciones democráticas.[124] En este sentido, la Comisión Interamericana ha indicado que:

> la libertad de asociarse, en el caso concreto de las defensoras y defensores de derechos humanos, constituye una herramienta fundamental que permite ejercer de forma plena y cabal la labor de éstos, quienes de manera colectiva pueden lograr mayor impacto en sus tareas. En consecuencia, cuando un Estado obstaculiza este derecho, en cualquiera de sus esferas, no sólo restringe la libertad de asociación, sino que obstruye la labor de promoción y defensa de los derechos humanos.[125]

La Comisión ha subrayado que el derecho de reunión y la libertad de asociación han sido ampliamente reconocidos como "derechos civiles sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria

[122] En ambos casos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2006, Capítulo IV, Desarrollo de los derechos humanos en la región, Cuba, Derechos Laborales y Libertad Sindical, párr. 81.

[123] Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009 , Serie C. No. 200, párrs. 170-171. En sentido similar, Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C. No. 121, párr. 69; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá,* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72, párrs. 156 y 159; y Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 144.

[124] En su Informe Anual de 1998, por ejemplo, la Comisión Interamericana resaltó la importancia y la dimensión ética del trabajo que llevan a cabo las personas dedicadas a la promoción, seguimiento y defensa legal de los derechos humanos y de las organizaciones a las que muchos de ellos se encuentran afiliados. En adición, recomendó a los Estados tomar "las medidas necesarias para proteger la integridad física de los defensores de los derechos humanos y propiciar las condiciones para que desarrollen su labor". *Cfr*. Comisión IDH, Informe Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999, pág. 1237. Ver también: CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Capítulo VI, Literal C, párr. 23, publicado el 6 de abril de 2001, OEA/Ser.L/V/11.111. Citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 7 de marzo de 2006, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006, párr. 23.

[125] *Ibidem*, párr. 69.

del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática".[126] Interpretando el contenido de estos derechos, ha referido que su protección comporta no sólo una obligación estatal de no interferir con el ejercicio de éstos, sino la obligación de adoptar medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de ambas libertades, en la medida en que "*las restricciones al ejercicio de estos derechos son graves obstáculos a la posibilidad que tienen las personas de reivindicar sus derechos, dar a conocer sus peticiones y promover la búsqueda de cambios o soluciones a los problemas que les afectan*".[127]

En su Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela,[128] la Comisión destacó igualmente que "la labor de los defensores de derechos humanos, a través de la protección de individuos y grupos de personas que son víctimas de violaciones de derechos humanos, de la denuncia pública de las injusticias que afectan a importantes sectores de la sociedad y del necesario control ciudadano que ejercen sobre los funcionarios públicos y las instituciones democráticas, entre otras actividades, constituye una pieza irremplazable para la construcción de una sociedad democrática sólida y duradera".[129]

De acuerdo con la Comisión, dado que "[l]a defensa de los derechos humanos es de interés público y en ella participan comúnmente distintas personas asociadas entre sí", además de una dimensión individual y social, "[v]arios de los derechos, a través de los cuales se traduce en la práctica esta defensa de los derechos tienen una vocación colectiva, como el derecho de asociación, el de reunión o algunas dimensiones de la libertad de expresión. En virtud de ella, los Estados tienen la obligación de garantizar la vocación colectiva de tales derechos".[130] Este reconocimiento, empero, no impide a los Estados "*reglamentar la inscripción, vigilancia y control de organizaciones dentro de sus jurisdicciones, incluyendo las organizaciones de derechos humanos. No obstante, de conformidad con el derecho de asociarse libremente (…) deben asegurar que los requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones*".[131]

En el *Caso Kawas Fernández vs. Honduras,*[132] relacionado con el asesinato de una conocida defensora de derechos humanos y del medio ambiente y los recursos naturales, la Corte Interamericana, sostuvo que la alegada violación a la libertad de asociación por los representantes debía ubicarse "en el contexto de la relación que tiene el ejercicio de dicho derecho con el trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos".[133] Al respecto, dijo, "este Tribunal ha establecido que los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad".[134] Y a continuación agregó que, "[d] esde esta perspectiva, el artículo 16 de la Convención Americana comprende también el derecho de toda persona a formar y participar libremente en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales orientados a la vigilancia, denuncia y promoción de los derechos humanos" y 2[d]ada la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos en las sociedades democráticas, el libre y

[126] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 359.
[127] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, párrs. 50-51. Énfasis añadido.
[128] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/ Ser. L /V/II., Doc. 54, 30 diciembre de 2009.
[129] *Ibidem*, párr. 556.
[130] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, párr. 33.
[131] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, párr. 559. Énfasis añadido.
[132] Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C. 196.
[133] *Ibidem*, párr. 145.
[134] *Ibidem,* En el mismo sentido, Corte IDH *Caso Escher y otros vs. Brasil,* párr. 172.

pleno ejercicio de este derecho impone a los Estados el deber de crear condiciones legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función”.[135]

Con ocasión del *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, la Corte se explayó por primera vez respecto al alcance y contenido del derecho de asociación en materia laboral. El caso fue planteado originalmente ante la Comisión IDH mediante una petición que imputó al Estado de Panamá el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, comprometidos en un conjunto de protestas contra la política gubernamental y en respaldo de sus derechos laborales. El Gobierno panameño despidió a dichas personas atribuyéndoles haber participado en dichas manifestaciones y ser cómplices de una asonada militar. Y, para efectivizar la sanción, aplicó de manera retroactiva una norma conforme a la cual el trámite de los juicios que entablaran los trabajadores para repeler los despidos de que habían sido objeto debía realizase en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, conforme estaba predeterminado por la ley en vigor en el momento de los hechos. La Corte Suprema de Panamá desestimó, además, todas las demandas relacionadas con este caso. Tras el fracaso del procedimiento ante la CIDH, donde se habían alegado la violación de la libertad sindical, entre otros derechos, ésta presentó el caso en la Corte IDH quien, finalmente, declaró que Panamá violó los derechos a la libertad de asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y los principios de legalidad y de irretroactividad[136] de la ley en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados.

Al considerar si se configuró o no la violación de la libertad de asociación la Corte señaló que ésta debía “ser analizada en relación con la libertad sindical”,[137] y que “[l]a libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación”.[138]

Después de indicar que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”,[139] el Tribunal refirió que “[l]a libertad de asociación, en materia laboral (…) comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.[140]

La Corte ha caracterizado como un obstáculo para al ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores la adopción arbitraria de represalias contra los representantes de estos y sus integrantes, refiriendo que, en este caso, “(…) al despedir[se] a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones. Aún más, se destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la Ley 25 (...) se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector”.[141]

---

[135] Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, párr. 146.

[136] Sobre principios de legalidad e irretroactividad respecto a este caso, véase también el comentario al artículo 9º, de Thomas Antkowiak, el cual forma parte de esta obra.

[137] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72, párr. 156.

[138] *Ibid.*

[139] *Ibidem*, párr. 158.

[140] *Ibidem*, párr. 159.

[141] *Ibidem*, párr. 160.

Además de despidos, en muchos de los casos conocidos por la Comisión y Corte Interamericanas, las víctimas de torturas, desapariciones forzosas, ejecuciones extrajudiciales o persecuciones lo han sido por causa de sus respectivas afiliaciones gremiales.[142] En el *Caso Huillca Tecse vs. Perú*, por ejemplo, en el que se ventiló el asesinato de un líder sindical opositor y crítico de las políticas del gobierno del ex presidente peruano Alberto Fujimori, la Corte recordó que el derecho a la libertad de asociación tiene una dimensión individual y otra social, y que ambas deber ser protegidas simultáneamente.[143] Destacó, asimismo, que la afectación del derecho a la vida de un líder sindical conlleva, conjuntamente, la violación del derecho de los individuos a la libertad de asociación sindical y la violación del derecho social del grupo que ejerce su derecho de asociación sindical,[144] lo que ocurrió en este caso, dado que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello impactó negativamente en la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho.[145]

En su fallo, la Corte precisó que el artículo 16 de la Convención comprende el derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole; y que quienes están bajo la protección de la Convención tienen, no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, sino que, además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.[146]

La dimensión individual de la libertad de asociación en materia laboral, dijo la Corte, "no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines "de cualquier […] índole", está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga".[147] En su dimensión social, agrego, "la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos".[148]

De acuerdo con los criterios del Tribunal, "el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla", de modo que los individuos no podrán gozar del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, "si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica". Como correlato de lo anterior, "el Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que

[142] Destacadamente, en la Comisión IDH, los casos Gómez López vs. Guatemala (Informe Nº 29/96, Caso 11.303, 16 de octubre de 1996), Caso Comadres vs. El Salvador (Informe Nº 13/96, Caso 10.948, 1 de marzo de 1996), Caso Dianna Ortiz vs. Guatemala (Informe Nº 31/96, Caso 10.526, Septiembre 6 de 1996), Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs.. México (Informe Nº 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999).

[143] Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. 121, párr. 72.

[144] *Ibidem*, párr. 69.

[145] En su sentencia recaída en el *Caso Manuel Cepeda Vásquez vs. Colombia*, relacionado con la ejecución extrajudicial del Senador colombiano del mismo nombre perteneciente a la formación política la "Unión Patriótica", la Corte aplicó similar razonamiento señalando que "las afectaciones a los derechos del señor Cepeda tuvieran efectos amedrentadores e intimidatorios para la colectividad de personas que militaban en su partido político o simpatizaban con su ideario. Las violaciones en este caso trascendieron a los lectores de la columna del semanario Voz, a los simpatizantes y miembros de la UP y a los electores de ese partido". Corte IDH. *Manuel Cepeda Vásquez vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie No. C. 213, párr. 178.

[146] Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, párr. 69.

[147] *Ibidem*, párr. 70.

[148] *Ibidem*, párr. 71.

serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses".[149]

En el *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, relativo a la ejecución extrajudicial en Perú del líder sindical minero Saúl Isaac Cantoral Huamaní y su asesora Consuelo Trinidad García Santa Cruz, precisó que a las obligaciones negativas de respetar el derecho y la libertad de los individuos para asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho, así como del de gozar del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad, se suman "obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad"; obligaciones positivas que "deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita".[150]

En efecto, las libertades civiles son la base necesaria de la libertad sindical, por lo cual ésta no se puede realizar sin el respeto de la generalidad de los derechos humanos.[151] Los recaudos del Tribunal Interamericano en los casos citados guardan por ello, y en este sentido, total correspondencia con las prescripciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT que, en reiteradas oportunidades, ha señalado que "[l]a "libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular, los relativos a la vida y a la seguridad de la persona"[152], y que "[u]n movimiento sindical realmente libre e independiente no se puede desarrollar en un clima de violencia e incertidumbre".[153] Los hechos imputables a particulares, ha dicho el Comité, "responsabilizan a los Estados a causa de la obligación de diligencia y de intervención de los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, los gobiernos deben procurar no violar sus deberes de respeto de los derechos y las libertades individuales, así como su deber de garantizar el derecho a la vida de los sindicalistas".[154]

3. Limitaciones al ejercicio del derecho de asociación

La libertad de asociación puede ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas sean necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud y la moral pública, y los derechos y libertades de los demás. Algunos instrumentos de derechos humanos, como hemos visto *supra*, admiten además la imposición de restricciones, o incluso la privación del derecho, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

La Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.[155]

[149] *Ibidem*, en todos los casos, párr. 77.

[150] Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007 , Serie C. No. 167, párr. 144. Este criterio fue reiterado con posterioridad por la Corte IDH en el *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (párrs. 172 y 173).

[151] Sarthou, Helios, "Perspectivas del derecho colectivo del trabajo", en rev. *Derecho Laboral*, Montevideo 1981, t. XXIV No. 123, p. 585.

[152] Organización Internacional del Trabajo (OIT), Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 1996, párr. 46 y, 300. Informe, caso núm. 1649, párr. 453; 305. Informe, caso núm. 1876, párr. 322; 307. Informe, caso núm.1876, párr. 312; 308. Informe, caso núm. 1892, párr. 401; 316. Informe, caso núm. 1970,párr. 548; 324. Informe, caso núm. 1787, párr. 273, 329.º informe, caso núm. 2201, párr. 508; 332. Informe, caso núm. 2201, párr. 546, 333. Informe, caso núm. 1787, párr. 450, y 334. Informe, caso núm. 2254, párr. 1088.

[153] *Ibidem*, párr. 48; 302. Informe, caso núm. 1849, párr. 202; 304. Informe, caso núm. 1850, párr. 207; 326. Informe, caso núm. 2027, párr. 176, y 337. Informe, caso núm. 2318, párr. 340.

[154] *Ibidem*, párrs. 19 y 50, y 308. Informe, caso núm. 1934, párr. 135.

[155] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párr. 170.

En el *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, la Corte Interamericana destacó que a la par de reconocer el derecho de asociarse libremente, la Convención Americana ha establecido que su ejercicio puede estar sujeto a restricciones previstas por ley, siempre que persigan un fin legítimo y que resulten necesarias en una sociedad democrática. En ese sentido, señala la Corte, “el sistema establecido por la Convención resulta equilibrado e idóneo para armonizar el ejercicio del derecho de asociación con la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas”.[156]

Aunque el derecho de asociación (como, en su caso, el de reunión), no se encuentra consignado en la Convención como *no derogable*, toda medida adoptada por los Estados en orden a suspender el ejercicio de estos derechos debe cumplir estrictamente con las normas y principios que rigen la derogación, incluidos los principios de necesidad y proporcionalidad.[157] Los Estados solamente pueden revocar estos derechos con prudencia y únicamente en situaciones excepcionalmente justificadas. Así lo entendió el TEDH en el *Caso Sidiropoulos y otros c. Grecia.*[158] Caso en el que el gobierno griego había rechazado registrar una asociación de promoción de la cultura macedonia porque el objetivo de la asociación era causar perjuicio a la integridad territorial; y en el que el TEDH decidió que el rechazo del registro solicitado –y con ello la frustración de las posibilidades de actuación de la asociación– constituía una violación del artículo 11 del CEDH referente al derecho de reunión y de asociación. El TEDH dijo, contrariando los criterios del Estado griego, que “la integridad territorial, la seguridad nacional y el orden público no serían amenazados por el funcionamiento de una asociación cuyo objetivo era favorecer la cultura de una región, incluso si tendía también parcialmente a la promoción de la cultura de una minoría; la existencia de minorías y de culturas diferentes en un país constituye un hecho histórico que una *sociedad democrática* debería tolerar, incluso proteger y apoyar según los principios del derecho internacional”.

La Corte agregó que el derecho de establecer una asociación constituye un elemento inherente al derecho que enuncia el artículo 11, aún cuando este último sólo proclama explícitamente el derecho a fundar sindicatos. De acuerdo con la Corte, “las excepciones (que permiten la derogación de este derecho) consideradas en el artículo 11 exigen una interpretación estricta, solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar restricciones a la libertad de asociación”.

Los criterios esbozados previamente significan que los Estados no sólo no pueden restringir el ejercicio del derecho de asociación discrecionalmente, sino que tampoco pueden “criminalizar” la afiliación de las personas sometidas a su jurisdicción a las organizaciones, sindicatos y partidos políticos de su elección, o restringir arbitrariamente su actuación.

Como mencionó la Corte IDH en el *Caso Baena Ricardo* citado *supra*”,toda restricción al derecho de asociación debe ser en el interés de la seguridad nacional, del orden público o para proteger la salud o la moralidad pública o los derechos y libertades de otros y debe ser adoptada exclusivamente por razones de interés general y conforme con los objetivos precisos aludidos por dichas restricciones”.[159] Consecuentemente, en situaciones de conflicto las autoridades deben apelar al diálogo en lugar del uso de la represión a través del uso de la fuerza pública o, peor aún, de la judicialización abusiva de los participantes y líderes de las protestas sociales.

[156] Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 173.
[157] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 360.
[158] TEDH, Sidiropoulos y otros c. Grecia, 10 de julio de 1998. Recueil 1998 -IV, n 57/1997/841/1047.
[159] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párrs. 169-173.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Jurisprudencia relavante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia***.** Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala***.** Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Corte IDH. *Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile"*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982**.** Serie A No. 2.

Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie No. A 16.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mismito, Caso Cuba, (1983)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Uruguay (1983-84).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 38/96, Caso X y Y c. Argentina, Nro. 10.506, 15 de octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, María Mamèrita Mestanza Chávez c. Perú, 10 de octubre de 2003.

Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe No. 59/03, Caso No. 12.433, Sonia Arce Esparza c. Chile, 10 de octubre de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros c. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/08, Petición 270-07, Admisibilidad, I.V. c. Bolivia, 23 de julio de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 156/10, Admisibilidad, Petición 1368/04, Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010.

Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos**,** Observación General No. 4, Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos, 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141 (1981).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, Derecho a la intimidad (artículo 17), 32º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.9 (1998).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, Derechos del Niño (artículo 24), 35ª período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (1989)

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Artículo 23- La Familia, HRI/GEN/1/Rev. 9 (1990).

Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 28, Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000)

Comité de Derechos Humanos, Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio Vs. Argentina, Comunicación No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), Dictamen de 27 de abril de 1995.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003.

Comité de Derechos del Niño

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39º período de sesiones, 17 de mayo a 3 de junio de 2005, CRG/GC/2005/6 1 de septiembre de 2005.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7, 20 de septiembre de 2006.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer- La mujer y la salud (1999).

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación No. 4/2004, Caso A.S. vs. Hungría, 36ª período de sesiones, 29 de agosto de 2006

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 22º período de sesiones (2000).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos Tyrer vs. United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A no. 26.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Marckx case, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Loizidou vs. Turkey (Preliminary Objections) judgment of 23 March 1995, Series A no.310,

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Karner, 24 de julio de 2003.

Artículos y publicaciones académicos

ALSTON, Philip. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights,* Clarendon Press, Oxford, 1994.

BREEN, Claire. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law,* Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.

BELOFF, Mary, DEYMONNAZ, Virginia, FREEDMAN, Diego, HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano. *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada,* La Ley, Buenos Aires, 2012.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* Primera edición, San José, Costa Rica, 1996.

GROSMAN, Cecilia P. (directora) y HERRERA, Marisa (coord.). *Hacia una armonización legislativa del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados.* En: *El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de la crianza y educación de los hijos,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos,* Comisión Andina de Juristas, 1a. Edición 1988, 2ª. Edición 1989.

O' DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano;* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004,

PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos,* Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.*

En: ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1a. reimpresión, CELS, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Índice

I. Introducción

Los diversos instrumentos de protección de derechos humanos, tanto regionales como internacionales, coinciden en que la familia debe ser considerada un "elemento natural y fundamental" de la sociedad.

Por ello prescriben su amplia protección mediante el reconocimiento de varios derechos: el derecho a casarse y a fundar una familia, a la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges como una manifestación del principio general de la igualdad del hombre y la mujer y, específicamente, el derecho a la protección de la familia, la cual no debe sufrir injerencias arbitrarias.

Así, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el mencionado artículo 17 párr. 1 de la CADH *afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por el Estado.*

El concepto de familia ha sufrido una notable evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Debió adaptarse a lo largo de los años a las diversas circunstancias, contextos y realidades sociales.

Para interpretar los múltiples sentidos de la institución "familia" y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte IDH ha establecido, de forma coincidente con el TEDH, que *los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*.[1]

[1] *Cfr*. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 106. En el mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos Tyrer vs. United Kingdom

Dos fallos recientes de la Corte IDH son centrales para un adecuado abordaje del artículo 17 de la Convención Americana. Por un lado, el *Caso Atala Riffo vs. Chile*[2] y, por el otro, el *Caso Fornerón vs. Argentina*.[3] Ambos involucran cuestiones relacionadas con los diversos aspectos de la protección familiar. Si bien se tratan cuestiones de diversa índole, la Corte IDH en estos casos se expidió respecto de temas controversiales relacionados con los conceptos y estereotipos tradicionales de la familia.

En el mencionado *Caso Atala Riffo vs. Chile* la Corte IDH sostuvo que:

> (…) en la Convención Americana *no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma*. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.[4]
>
> Por otro lado, el citado tribunal interamericano, en el *Caso Fornerón vs. Argentina,* sostuvo que "[e]l disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia".[5]
>
> Respecto de los modelos estereotipados de familias en relación con el rol y funciones de los padres dentro de ella, en el mismo caso sostuvo que estos: "responden a ideas preconcebidas sobre el rol de

judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31; Marckx case, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31;, párr. 41, Loizidou vs. Turkey (Preliminary Objections) judgment of 23 March 1995, Series A no.310, párr. 71. Asimismo, la Corte IDH sostuvo además que, "(…) a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA", (Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A No. 10, párr. 43).

2 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. *El Caso Atala Riffo vs. Chile* trata diversos aspectos relacionados con la protección de la familia, entre ellos, la igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la protección judicial. Atala demandó al Estado chileno ante la Corte IDH por discriminación luego que la Corte Suprema chilena le negara la tuición de sus hijas producto de su convivencia con su pareja homosexual basándose en los efectos que esa convivencia podría traer consecuencias al bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las niñas y la eventual confusión de roles sexuales que podría producirles la carencia de un padre y su reemplazo por otra persona del género femenino, lo que configuraría una situación de riesgo para el desarrollo integral de las niñas y las situaría en un estado de vulnerabilidad. Atala recurre ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declaró admisible la denuncia en agosto de 2008.

3 Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. Si bien un análisis exhaustivo de este caso excede el marco del presente comentario, es preciso señalar a fin de un mejor entendimiento del mismo algunos aspectos relevantes. El Sr. Fornerón y la Sra. Enríquez tuvieron una relación que culminó antes de que naciera una niña. Fornerón desconoció la existencia del embarazo hasta el quinto mes y, a partir de este momento, se preocupò por averiguar si él era el padre, circunstancia que fue negada en reiteradas oportunidades por Enríquez. El nacimiento de M fue inscrito por la madre el 20 de junio de 2000 y la madre entregó su hija al matrimonio B-Z, residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien mediante un acta formal dejó constancia de lo sucedido. Días después Fornerón se realizó un estudio de ADN mediante el cual se comprobó su paternidad. A partir de este momento comenzó con los trámites respectivos a fin de reclamar su paternidad y expresó su voluntad de hacerse cargo de la niña mediante un pedido de restitución al no haber consentido la entrega en guarda de ésta. El proceso registró una injustificada demora por parte de las autoridades competentes, hasta llegar a resolverse la adopción simple a favor de los guardadores. El 29 de noviembre de 2010 la Comisión Interamericana sometió a la jurisdicción de la Corte IDH el caso al considerar que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre. La Comisión solicitó a la Corte IDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho de Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento y por el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma.

4 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 142.

5 Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 45.

un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con la maternidad y paternidad" y precisó que nada indica que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños.[6]

II. Derecho a la protección familiar: normativa

El artículo 17 de la CADH establece que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los *Estados Partes deben tomar medidas apropiadas* para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".[7]

El derecho a la protección de la familia había sido originalmente reconocido en el sistema regional de protección de derechos humanos en la DADDH[8] de 1948 que, en su artículo VI, determina:"Toda persona tiene derecho a constituir familia, *elemento fundamental de la sociedad*, y a recibir protección para ella".[9]

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)[10] regula en mayor detalle este derecho en el artículo 15, en los siguientes términos:

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.

1. La *familia es el elemento natural y fundamental* de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. *Toda persona tiene derecho a constituir familia,* el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a) conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b) garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

---

6 Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.,* párrs. 94 y 99 respectivamente.

7 Destacado agregado.

8 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

9 Destacado agregado.

10 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador (El Salvador) el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

c) adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d) ejecutar programas especiales de formación familiar *a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo* en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.[11]

Asimismo, en el ámbito universal, la DUDH[12] prescribe en el artículo 16 que:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia *es el elemento natural y fundamental de la sociedad* y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[13]

En similar sentido, el PIDCP[14] en el artículo 23 estipula que:

1. *La familia es el elemento natural y fundamental* de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

En tanto, el PIDESC[15] en el artículo 10 determina que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el *elemento natural y fundamental* de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos

[11] Destacado agregado.

[12] Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948 en París.

[13] Destacado agregado.

[14] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.*

[15] *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.*

> nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.[16]
>
> *Tradicionalmente*, la protección de la familia, tanto en el sistema regional como en el universal, *estuvo regulada conjuntamente con otros derechos* tales como la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada[17] y familiar o la protección a la maternidad y a la infancia.

En el ámbito regional ya la DADDH reguló el derecho a la protección de la familia de forma doble: junto con otros derechos y en forma autónoma. Además del artículo VI transcripto, el artículo V de la mencionada Declaración establece que:

> Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Por lo demás, el artículo VII de esta Declaración dispone que:

> Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Asimismo la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer[18] en el artículo 16 ordena que,

> 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados *con el matrimonio y las relaciones familiares* y, en particular, asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
>
> a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
>
> b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
>
> c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
>
> d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
>
> e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
>
> f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
>
> g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

---

[16] Destacado agregado.

[17] El concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. En otras palabras, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuánto decide proyectar a los demás. (*Cfr*. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119).

[18] Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979.

> h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.
>
> 2. No tendrán ningún efecto jurídico los responsables y el matrimonio de niños y se adoptarán toda las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.[19]

Por otro lado, el CEDH en el artículo 8 regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar y en el artículo 12 el derecho a contraer matrimonio.[20]

De la lectura de las citadas normas surge claramente la idea mencionada al comienzo del presente comentario de que en el derecho internacional de los derechos humanos *la familia es un "elemento natural y fundamental" de la sociedad.* Sin embargo y *a pesar de reconocerle su centralidad y debida protección, a lo largo de los años se han planteado dificultades para definir qué se entendía por familia y precisar los alcances de su debida protección.*

Como se mencionó, con relación al concepto de familia diversos organismos de derechos humanos han indicado que *no existe un modelo único de familia*. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos emitió una Observación General sobre el tema aquí analizado (Observación General No. 23 Artículo 19 - La Familia[21]) donde consideró que *no era posible dar una definición uniforme del concepto de familia ya que ésta puede diferir,* en algunos aspectos, *de un Estado a otro y entre las diferentes regiones de un mismo Estado*. Por consiguiente, sostuvo que:

> (…) Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, 'nuclear' y 'extendida', debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, *los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros*.[22]

Asimismo, el citado Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 16 (Artículo 17 - Derecho a la intimidad[23]) sostuvo al respecto que:

> En cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, *se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia,* tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate.[24]

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General No. 21 (La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares)[25] señaló que:

---

19 Destacado agregado.

20 Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en el año 1953.. Artículo 8: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".
Artículo 12: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

21 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Artículo 23- La Familia (1990).

22 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, ya cit., párr. 2. Destacado agregado.

23 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, Derecho a la intimidad (artículo 17), (32º período de sesiones, 1988). HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I).

24 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, Derecho a la intimidad (artículo 17), ya cit. párr. 5. Destacado agregado.

25 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994).

> *La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado*. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención.[26]

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 7 (Realización de los derechos del niño en la primera infancia), sobre el tema afirmó que,

> (…) reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. […] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, *y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños.*[27]

III. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia

Como se advierte fácilmente de la lectura de las normas *supra* transcriptas, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia están ampliamente consagrados por los diversos instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos. La DUDH (artículo 16 inc. 1 y 2), el PIDCP (artículo 23 inc. 2 y 3) y la CADH (artículo 17 inc. 2 y 3), reconocen de manera coincidente el derecho a "contraer matrimonio y de fundar una familia". Por su parte, la DADDH utiliza en su artículo VI una expresión más amplia que los anteriores instrumentos: "[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y, a recibir protección para ella". Por ello, se ha entendido que "esa disimilitud en la definición de este derecho puede tener relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar".[28]

Como se señaló, el párr. 2 del artículo 17 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. El derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear y de que los miembros de la familia puedan vivir juntos.

Como se mencionó, no existe un concepto de familia uniforme o cerrado. Sobre este punto, la Corte IDH sostuvo en el citado *Caso Atala Riffo vs. Chile* que el concepto *de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio sino que debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.*[29]

[26] Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21,, ya cit., párr. 13.Destacado agregado.

[27] Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7, 20 de septiembre de 2006, párrs. 15 y 19. Destacado agregado.

[28] O'Donnell, Daniel, Protección Internacional de los Derechos Humanos, Andina de Juristas, 2a. Edición 1989, página 335. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.), "A los efectos de la presente Convención, el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate" (artículo 4).

[29] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 142. Destacado agregado. El TEDH, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar

1. Derecho a contraer matrimonio

Las condiciones necesarias para contraer matrimonio de acuerdo con la DUDH, el PIDCP y la CADH *son dos: el consentimiento libre y pleno consentimiento de los contrayentes y el tener la edad requerida* para ese acto.

En cuanto a los requisitos específicos, el derecho internacional de los derechos humanos remite a la ley interna, la cual está condicionada obviamente a que no se afecte el principio de no discriminación y a la observancia de las diversas normas de derechos relacionadas**.**

Sobre el tema el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General No. 21 (La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares) sostuvo que:

> *El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano.* De un examen de los informes de los Estados Partes se desprende que hay países que permiten que las mujeres contraigan matrimonios obligados en primeras o segundas nupcias, sobre la base de la costumbre, las creencias religiosas o el origen étnico de determinados grupos. En otros países, se permite decidir el matrimonio de la mujer a cambio de pagos o de ventajas y, en otros, la pobreza obliga a algunas mujeres a casarse con extranjeros para tener seguridad económica. A reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la consanguinidad con su cónyuge, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién.[30]

Con relación a los derechos de la mujer respecto del derecho a contraer matrimonio, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud[31] establece en el artículo 1 que:

> Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926
>
> (…) c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:
>
> i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
>
> ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
>
> iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; (…)

Con el fin de terminar con estas prácticas agrega que los Estados partes,

que: “[a]l decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios”, (*Cfr*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36).

30 *Cfr*. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General Nro. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), párr. 16. Destacado agregado.

31 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956; aprobada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957, de conformidad con el artículo 13.

> [s]e comprometen a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la *adopción de un procedimiento que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro.*[32]

Ningún instrumento regional e internacional especifica la edad para contraer matrimonio, razón por la cual cada país deberá estipular la edad mínima necesaria para ello. El establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio se puede relacionar con dos propósitos. Por un lado, proteger el derecho de los futuros hijos a tener una familia estable que pueda proveerles de cuidados y protección necesaria y, por el otro, proteger a personas que no reúnen las condiciones para consentir libremente de tomar una decisión tan trascendente para sus vidas.[33]

Sobre el particular, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en la citada Recomendación General No. 21 (La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares), sostuvo que:

> (…) el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica.[34]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en la mencionada Observación General No. 19, señaló que los Estados partes deberían indicar en sus informes si existiesen restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental. Si bien no estableció la edad concreta para contraer matrimonio, afirmó que dicha *edad debía ser tal que pudiera considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal en las formas y condiciones prescritas por la ley.* Asimismo, aclaró que estas disposiciones debían ser compatibles con el ejercicio de los demás derechos, por ejemplo, con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.[35]

Ley de matrimonio igualitario: Caso argentino

La República Argentina sancionó en el año 2010 la ley No. 26.618 de Matrimonio Civil.[36] De esta forma, fue el primer país latinoamericano en sancionar una ley de matrimonio igualitario válida para todo el territorio nacional y el décimo país a nivel mundial en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como antecedente de esta ley en el año 2002 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó el proyecto de ley de unión civil presentado por la asociación Comunidad Homosexual Argentina (CHA). De esta forma, esta Ciudad se convirtió en la primera de América Latina en legalizar la unión civil entre personas del mismo sexo.[37]

---

32 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud, artículo 2. Destacado agregado.

33 O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit*., página 335.

34 *Cfr*. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General Nro. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), párr. 36.

35 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 19, *op. cit.*, párr. 4.

36 Ley Argentina No. 26.618 de Matrimonio Civil, sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010 y publicada en el B.O. del 22 de julio de 2010. El debate se inició a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo el lema "Los mismos derechos, con los mismos nombres". Argentina utilizó la expresión matrimonio igualitario para hacer referencia a la reforma del Código Civil, en el entendimiento de que se trataba de la búsqueda de la igualdad entre sus habitantes.

37 Si bien la unión civil es una institución distinta del matrimonio igualitario y posee con alcances limitados (abarca tanto a

La ley de matrimonio igualitario que introdujo modificaciones al Código Civil argentino *permite que personas del mismo sexo contraigan matrimonio* y, además, establece que "el matrimonio *tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"*.[38] La ley reemplaza la expresión "hombre y mujer" por la de "contrayentes".[39]

2. Igualdad de derechos de los cónyuges y de los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio

En cuanto a la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, el Comité de Derechos Humanos, en la citada Observación General No. 19, indicó también que:

> *Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia*. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.[40]

Además, el mencionado Comité destacó que:

> (…) no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido.[41]

El principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges se encuentra expresamente consagrado por los diferentes instrumentos antes mencionados y, en forma pormenorizada, por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que establece que hombres y mujeres tienen igual derecho para contraer matrimonio y elegir cónyuge así como los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en caso de disolución de éste.[42] Disposiciones similares están contenidas en la Convención de Belem Do Para[43] (artículos 4, 5 y 6).

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con la igualdad de derechos entre hombre y mujeres. En este sentido y de forma complementaria a los tratados mencionados, deben tenerse en cuenta la Observación General del Comité de Derechos Humanos No. 4 (Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos[44]); la

---

parejas del mismo como de distinto sexo), constituye un importante precedente para parte de la sociedad y para aquellas organizaciones locales que reclamaban un reconocimiento a nivel nacional de derechos para las parejas del mismo sexo.

38 Ley Argentina No. 26.618 de Matrimonio Civil, artículo 2.

39 La ley modifica de algunos artículos del Código Civil. Por un lado, el Libro I Sección Segunda "De los derechos en las relaciones de familia", el Libro II Sección Tercera Título II "De la sociedad conyugal", entre otras. La modificación más significativa fue el artículo 172 que definía al matrimonio entre "hombre y mujer" y, a partir de la nueva ley, se reemplazó por "contrayentes". También las leyes 26.413 sobre inscripción de nacimientos y la 18.248 sobre los nombres y apellidos de las personas sufrieron alguna modificación.

40 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, *op. cit.*, párr. 8.

41 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, *op. cit.*, párr. 7.
De esta forma, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita y la pérdida y recuperación de la patria potestad, para lo cual es necesario tener en consideración el interés superior de los hijos. (*Cfr*. Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 19, *op. cit.*, párr. 9).

42 Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 16.

43 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Para", adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil. Entrada en vigor: el 5 de marzo de 1995 de conformidad con el Artículo 21.

44 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 4, Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos, 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141 (1981).

Observación General No. 18 (No discriminación[45]) y la Observación General No. 28 (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres[46]) para dar contenido a la regla en análisis.[47]

Otro aspecto central relacionado con la protección de la familia y el principio de igualdad está regulado en el párr. 5 del artículo 17 que dispone que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro de ésta.[48]

Como fuera señalado, la República Argentina sancionó la ley de matrimonio igualitario. Esta ley tuvo repercusiones y produjo reformas de diversa índole. En julio de 2012 un decreto presidencial (DNU 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley No. 26.618[49]) permitió que familias comaternales nacidas antes de la nueva ley de Matrimonio gozaran de los mismos derechos que los niños nacidos tras la promulgación de la norma en 2010, lo que los pone en pie de igualdad con el conjunto de la sociedad al recibir las nuevas partidas de nacimiento en las que figura el nombre de las dos madres; en otras palabras, *permite la inscripción de los hijos en el acta de nacimiento y en la libreta de casamiento, y además, les permite sacar su respectivo documento nacional de identidad (DNI).*

Este decreto *encuentra fundamento en la función del Estado de asegurar al niño la protección necesaria para su bienestar* y procura evitar las excesivas demoras que padecen los niños que se encuentran en esta situación para acceder a su completa inscripción con todos los perjuicios que tal circunstancia les acarrea, básicamente la restricción al ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos.[50]

---

[45] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

[46] El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 28 sostuvo que la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos esta profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto. En este sentido, deben adoptar todas las medidas necesarias para hacerlo posible así como eliminar los obstáculos que se interpongan en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar las legislaciones internas; en otras palabras, adoptar medidas de protección y medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria. Los Estados son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. En especial, deberán cerciorarse de que no haya discriminación por razones de sexo en relación con la adquisición o la pérdida de la nacionalidad en razón del matrimonio, los derechos de residencia, entre otros. Los Estados partes deberán proporcionar información acerca de las disposiciones legislativas o las practicas que restrinjan el derecho de la mujer a la libertad de circulación; por ejemplo, el ejercicio de atribuciones del marido sobre la esposa o atribuciones del padres sobre las hijas adultas y las exigencias de hecho o de derecho que impidan a la mujer viajar, como el consentimiento de un tercero para que se expida un pasaporte u otro tipo de documento de viaje a una mujer adulta. (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68 período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000)).

[47] Sobre la necesidad de modificar y adaptar determinadas normas contrarias al principio de igualdad de los cónyuges y la protección familiar ver Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe No. 4/01, Caso No. 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001; y el Informe No. 59/03, Caso No. 12.433, Admisibilidad, Sonia Arce Esparza c. Chile, 10 de octubre de 2003.

[48] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno): "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

[49] Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley No. 26.618, Buenos Aires, 2 de julio de 2012.

[50] Este régimen de excepción consagrado por el DNU 1006/2012 sólo será aplicable en aquellos casos en que no existiere filiación paterna previa y reconoce legalmente el vínculo con sus familias extendidas: abuelas y abuelos, tíos y tías, entre otros.

3. Familia y no discriminación

Como se indicó, el concepto de familia se modificó a lo largo del tiempo.

Con relación a la necesidad de adecuar las legislaciones y las prácticas conforme a la evolución de las sociedades, la Corte IDH señaló en el *Caso Atala Riffo vs. Chile* que:

> [e]n el marco de las *sociedades contemporáneas se dan cambios sociales*, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, *lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad*. En este sentido, el *Derecho y los Estados deben ayudar al avance* social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.[51]

Sobre los estereotipos, la Convención Belém Do Parà prescribe en el artículo 6 que:

> El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
>
> a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
>
> b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (…)

Por lo demás, en el artículo 8 dispone que:

> Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:
>
> a) fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
>
> b) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer; (…)

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en el Preámbulo reconoce “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, (…)” Además, en el artículo 5 la citada Convención prescribe que:

> Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
>
> a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
>
> b) Garantizar que la *educación familiar* incluya una *comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a*

[51] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 120. Destacado agregado. Con relación al cuidado de niños por parte de parejas homosexuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México consideró que: “La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”, (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338).

> *la educación y al desarrollo de sus hijos*, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.[52]

La Corte IDH en el *Caso Fornerón vs. Argentina* sostuvo respecto de los estereotipos en relación con el rol y funciones tradicionales de los padres dentro de la familia, que estos,

> [r]esponden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la 'formalidad' de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta.[53]

En el mismo caso y en relación con el interés superior del niño que podría verse afectado de hacerse lugar al reclamo del padre biológico, la Corte IDH sostuvo que:

> [u]na determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente*, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.*[54]

En concreto, la Corte IDH en esta oportunidad entendió que,

> "(…) *no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños.* La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas".[55]

En relación con la orientación sexual, la Corte IDH sostuvo en el mencionado *Caso Atala Riffo vs. Chile* que ésta ha sido calificada como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del PIDCP y el artículo 2.2 del PIDESC.[56]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas.[57] En consonancia con esto, el

---

[52] Destacado agregado.

[53] Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit*., párr. 94.

[54] Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit*., párr. 99. En sentido similar, Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 111. Destacado agregado. Sobre interès superior del niño, Alston, Philip, The best interests of the child. Reconciling culture and human rights, Clarendon Press, Oxford, 1994, Breen, Claire, The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.

[55] Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 99. Destacado agregado. La Comisión consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre. En consecuencia, la Comisión solicitó a la Corte que concluyera y declarase la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho del señor Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento y por el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma. La Comisión solicitó al Tribunal que ordenare diversas medidas de reparación"., (Ibidem, párr. 96)

[56] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 88 .

[57] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16: "Aunque

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social".[58] Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño,[59] el Comité contra la Tortura[60] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[61] han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.[62]

Por su parte, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas en relación con la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.[63] Estas resoluciones reconocen y condenan la grave situación de violaciones de derechos humanos que enfrentan las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género.

---

observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales"; Observaciones finales, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13: "El Comité expresa su preocupación por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado Parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)"; Observaciones finales, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25: "También observa con preocupación que en muchos Estados no se ha prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). El Estado Parte debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el Pacto, así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual"; Observaciones finales, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16: "El Comité expresa su preocupación por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (artículo 9), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las "Ordenanzas Contravencionales" de carácter local) utilizadas para discriminar contra las personas en razón de su orientación sexual (artículo 26)".

[58] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32: "En `cualquier otra condición social´, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual"; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12: "en virtud del párr. 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de […] orientación sexual"; Observación No. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13; Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18.

[59] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8; Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6.

[60] Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21.

[61] Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18.

[62] En el año 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando el "principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género"(Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3).

[63] Resolución 2435, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, ratificada en 2009 y 2010; Resolución 2504, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009; Resolución 2600, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 y Resolución 2653, aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 7 de junio de 2011.

Con relación a los estereotipos basados en la orientación sexual de las personas, el tribunal regional sostuvo en el mencionado *Caso Atala Riffo vs. Chile* además que:

> Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.[64]

En este sentido, el citado tribunal regional sostuvo que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida para vivir con sus hijas implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera que las mujeres "carguen" con la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos.[65]

En definitiva, la Corte IDH sostuvo en el mismo caso que las aptitudes de padres homosexuales son equivalentes a la de los padres heterosexuales, que la orientación sexual de los padres no tiene influencia en los lazos afectivos del hijo y el padre y que el desarrollo psicológico y bienestar de niños educados por padres homosexuales es comparable al de niños educados por heterosexuales**.**

4. Planificación familiar

Como se indicó *supra, el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear.*[66] En este sentido, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 19 (La Familia) ha precisado que,

> El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.[67]

Sobre el tema, merece mencionarse que el artículo 11 de la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer dispone que:

> 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (…) f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
>
> 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

---

[64] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 111.

[65] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 140.

[66] Sobre el tema, la Organizacion Mundial de la Salud ha sostenido que: "la planificación familiar le permite a los individuos y a las parejas anticipar y tener el número deseado de hijos, así como el espacio y momento para su nacimiento. Esto se logra mediante el uso de métodos contraceptivos y el tratamiento de de la infertilidad involuntaria. La posibilidad de una mujer de establecer el momento y límite de sus embarazos tiene un impacto directo en su salud y bienestar así como en el resultado de cada embarazo". Traducción libre. (http://www.who.int/topics/family_planning/en/index.html).

[67] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 19, ya cit., párr. 5. El derecho a cohabitar no es absoluto, sino que admite excepciones cuando la separación de un niño de su familia es necesaria para la protección de sus propios intereses, cuando los padres están separados y es necesario determinar quien tiene la guarda del niño y, eventualmente, cuando no todos los miembros de una familia tienen la misma nacionalidad. (*Cfr*. O' Donnell, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, *op. cit.,* páginas 826-827).

> Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;
>
> Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;
>
> Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
>
> Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella (…)[68]

Además, en el artículo 12 la citada Convención prescribe que:

> 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, *inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.*
>
> 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.[69]

En este sentido, de acuerdo con lo señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación No. 24, los Estados deberán informar acerca de que "medidas han adoptado para *garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto*".[70] Además, *los Estados deberán garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social,*[71] *así como facilitar a mujeres y niñas el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia,* incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia; asegurar a la mujer de las zonas rurales el acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.[72]

---

[68] El artículo 13 de la Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que: "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) [e]l derecho a prestaciones familiares; (…)".

[69] Destacado agregado.

[70] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer- La mujer y la salud (1999), párr. 26. Destacado agregado. De igual forma, "los Estados Partes deben indicar en qué medida prestan los servicios gratuitos necesarios para garantizar que los embarazos, los partos y los puerperios tengan lugar en condiciones de seguridad. Muchas mujeres corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad. El Comité observa que es obligación de los Estados Partes garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles" (Ibidem, párr. 27).

[71] Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 5. En este sentido, la citada Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el Preámbulo reconoce, "(…) el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto, (…)".

[72] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 24, ya cit., párr. 28.

El párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer exige que los *Estados Partes aseguren que la mujer tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos* y el intervalo entre los nacimientos y a *tener acceso a la información, la educación y los medios* que les permitan ejercer esos derechos.[73]

[73] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo que: "Las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto *ni a la planificación de la familia*; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud"., (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 22º período de sesiones (2000), párr. 35. Destacado agregado). La Comisión Interamericana sostuvo que: "(...) los hechos [procedimiento quirúrgico de ligadura de trompas sin el consentimiento informado de la mujer] podrían caracterizar una posible violación al artículo 17 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, con respecto a la injerencia arbitraria de funcionarios públicos en el derecho de I.V. a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y por consiguiente el tamaño de su familia (…) la Comisión considera que la esterilización alegadamente realizada por funcionarios estatales sin el consentimiento de la presunta agraviada, así como las consecuencias físicas y psicológicas de dicha intervención médica, podrán caracterizar una posible violación del artículo 7 de la Convención de Belem do Parà (…)", (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/08, Petición 270-07, Admisibilidad, I.V. c. Bolivia, 23 de julio de 2008, párrs. 82 y 83 respectivamente). Ver además, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez c. Perú, 10 de octubre de 2003 y, además, Informe No. 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros c. Costa Rica, 11 de marzo de 2004. Sobre fecundación in Vitro, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 156/10, Admisibilidad, Petición 1368/04, Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Comunicación 4/2004 del caso A.S. vs. Hungría sostuvo el derecho de las mujeres a recibir información sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación familiar para que puedan tomar una decisión con pleno consentimiento; además, indicó que la esterilización obligatoria influye adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos. (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación No. 4/2004, Caso A.S. vs. Hungría, 36ª perìodo de sesiones, 29 de agosto de 2006).

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994) los Estados participantes reconocieron que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, parejas y familias, para el desarrollo social y económico de las comunidades: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, (…) entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual".. De este modo, "(…) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las

Por su parte, el Comité sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer en la mencionada Recomendación No. 24, también señaló que:

> Los estudios que ponen de relieve las elevadas tasas mundiales de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad y el gran número de parejas que desean limitar el número de hijos pero que no tienen acceso a ningún tipo de anticonceptivos o no los utilizan constituyen una indicación importante para los Estados Partes de la posible violación de sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer.[74]

En este sentido, el citado Comité recomienda a los Estados

> situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer"; y además, "garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA).[75]

Por lo demás, el Comité sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer recomienda a los Estados dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado a través de la planificación de la familia y la educación sexual así como reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En este sentido y, "en

políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia (…) La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada" (Programa de Acción, párrs. 7.2 y 7.3). En este sentido, "(…) Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo"; y además, "Promover la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de *que sea ella quien controle su propia fecundidad son la piedra angular de los programas de población y desarrollo.* Los derechos humanos de la mujer y de las niñas y muchachas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales (…)", (Informe de Naciones Unidas de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994, Principios 8 y 4 respectivamente, destacado agregado)

[74] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 24, ya cit., párr. 27. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo que: "La disposición relativa a 'la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños' (apartado a) del párr. 2 del artículo 12) se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información". (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 22º período de sesiones (2000), párr. 14) "La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto", (*Ibidem*, nota 12).

[75] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 24, *op. cit.*, párr. 31.

la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”.[76]

IV. Derecho a la protección de la familia contra las injerencias arbitrarias

La protección de la familia regulada por el artículo 17 de la Convención Americana se complementa con la garantía de toda persona a ser protegida contra toda injerencia ilegal, arbitraria o abusiva en su vida familiar consagrada por diversos instrumentos internacionales pero, en particular, por el artículo 11.2 de la citada Convención que establece que:

> (…) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, *en la de su familia,* en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
>
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.[77]

La DADDH, en el artículo V, establece que:

> Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y *familiar.*[78]

Sobre el tema, la DADH en su artículo 12 prescribe que:

> *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia,* su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. *Toda persona tiene derecho a la protección* de la ley contra tales injerencias o ataques.[79]

Coincidentemente, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, postula que:

> 1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia,* su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
>
> 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.[80]

Como queda claro de la lectura de las normas transcriptas *supra,* tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana, el PIDCP, la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño,[81] reconocen *la privacidad de la familia como parte del derecho a la intimidad de las personas*. Así, en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.[82]

La Corte IDH sostuvo que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella (derecho reconocido en el artículo 17 de la citada Convención), según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.[83]

---

[76] *Ibid*.

[77] Destacado agregado.

[78] Destacado agregado.

[79] Destacado agregado.

[80] Destacado agregado.

[81] Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Sup. (No. 49) página 167, ONU Doc. A/44/49 (1989). Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

[82] O’ Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, *op. cit.*, páginas 800-801.

[83] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66 y; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157.

En definitiva, los instrumentos internacionales reconocen no sólo el derecho de toda persona a "no ser objeto" de tales injerencias, sino también el derecho de la familia a la protección de la ley contra éstas.[84] De esta manera, el Estado tiene el deber de abstenerse de perpetrar actos de esta naturaleza y, además, debe proteger al individuo contra eventuales injerencias provenientes de individuos o entidades privadas.[85]

Al respecto, la Corte IDH sostuvo en el citado *Caso Atala Riffo vs. Chile* que:

> (…) a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.[86]

En este sentido, el citado tribunal regional señaló que:

> El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.[87]

Seguidamente, con relación a la protección de la vida privada, el citado tribunal señaló que:

> [r]especto al *artículo 11* de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula "Protección de la Honra y de la Dignidad", *su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada.* La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y *comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.* Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás[88]

De todos modos, en numerosas oportunidades la Corte IDH sostuvo que el derecho a la vida privada no es absoluto y que, por consiguiente, puede ser restringido siempre que esas injerencias no sean abusivas o arbitrarias; en otras palabras, deben estar previstas por la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática.[89]

---

[84] "Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ello, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción", (*Cfr*. Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2 párr. 29).

[85] O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1a. Edición, 1988, 2a. Edición 1989, páginas 335/336.
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso Karner Vs. Austria, que: " [e]l propósito de regular la familia en un sentido tradicional es un tanto abstracto y se deben emplear una amplia variedad de medidas para implemetarlo […] esta ha sido la postura en donde existe una diferencia en el tratamiento con base en el sexo o la orientación sexual, el principio de la proporcionalidad no requiere únicamente que la medida escogida no esté en principio situada para realizar el propósito buscado. También debe demostrarse que era necesario para lograr ese objetivo el excluir ciertas categorías de personas", Traducción libre. (*Cfr.* TEDH, Caso Karner, 24 de julio de 2003, párr. 41).

[86] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 175.

[87] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 161. En sentido similar, Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194 y Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, supra nota 28, párr. 48.

[88] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párr. 162. Destacado agregado.

[89] Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de

El derecho de toda persona a la protección contra las injerencias arbitrarias e ilegales en su familia *tiene especial relevancia en lo relacionado con la separación del niño de su familia,* tema que se analizará a continuación.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 17 sostuvo que al Estado le asiste la obligación de asistir a las familias, que comporta la necesidad de favorecer el desarrollo y el fortalecimiento del núcleo familiar.[90]

Las obligaciones de la sociedad hacia la familia no han sido claramente definidas por la DUDH, por la DADDH ni por el PIDCP. Sin embargo, como se analizará en el apartado siguiente, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diferentes disposiciones que sí aclaran las obligaciones de la familia hacia el niño.[91]

V. Relación del derecho a la protección familiar con los derechos del niño. Deberes y obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado

El derecho de protección a la familia tiene una *intrínseca relación con los artículos 17 y 19 (Derechos del Niño) de la CADH.*[92] En este sentido, los niños y niñas son titulares de los derechos establecidos por la Convención Americana, además de contar con medidas especiales de protección (artículo 19), las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares del caso concreto. La adopción de estas medidas corresponde al Estado, a la familia y a la comunidad a la que el niño pertenece.[93]

Tradicionalmente las normas de protección a la niñez se encontraban incluidas dentro de la normas de protección a la familia (junto con la protección a la mujer embarazada), al no poder representarse al niño por fuera de una relación familiar como titular autónomo de derechos subjetivos.[94]

El derecho del niño a la "protección, cuidado y ayuda especial" es reconocido por la DUDH, por la DADDH, por el PIDCP, por la CADH así como por todos aquellos instrumentos internacionales específicos de la niñez, en particular y sobre todos por la Convención sobre Derechos del Niño.

De esta forma, *la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas*. En la práctica, las medidas que se imponen para la protección a la familia y al niño son las mismas, tanto en lo relacionado con el apoyo material que el Estado está obligado a otorgar a las

---

enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56; Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200 párr. 116 y; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit*., párr. 164.
Al respecto, la Corte IDH sostuvo que: "la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de 'idoneidad, necesidad y proporcionalidad'. Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña (…)", (*Cfr*. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 165).

90 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC 17/02, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62 y 91.

91 En este sentido, ver O' Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, op. cit.,* páginas 801-809.

92 Véase el comentario al artículo 19 a cargo de Mary Beloff el cual forma parte de esta obra.

93 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC 17/02 *op. cit.*, párr. 62; Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 121; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* párr. 196 y; Corte IDH. *Forneròn e Hija vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, párr. 44.

94 De esta forma, si bien el concepto de familia como sujeto de derecho no se limita a la familia tradicional, la existencia de un niño en un hogar generalmente basta para constituir una familia como sujeto de protección y, el niño invariablemente es sujeto de los derechos que le corresponden por su condición de tal como también beneficiario de los derechos de la familia. En este sentido, los derechos de los niños están entrelazados con los de la familia por lo que es necesario analizarlos en forma conjunta. (*Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; *op. cit.,* páginas 794-795).

familias necesitadas cuanto a los principios que deben respetarse cuando se brinda ese apoyo, ya sea al decidir la separación del niño de su familia o en otros aspectos específicos relacionados con los derechos del niño.[95]

Esta necesidad de medidas de protección especiales a los niños está expresamente consagrada en el artículo 19 de la CADH establece que:

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el artículo 24 del PIDCP que señala que:

> 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (…)

La Convención sobre los Derechos del Niño, a través de su Preámbulo, reconoce la importancia de la familia al señalar que:

> (…) la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, (…) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,
>
> Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, (…)"

En este sentido, la centralidad de la familia como derecho humano del niño es una de las reglas más fuertes de la Convención sobre Derechos del Niño.[96] La Corte IDH ha señalado que las disposiciones de la citada Convención deben ser consideradas de acuerdo con el *corpus juris* de protección internacional de derecho de los niños definido por el máximo tribunal regional en el *Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala).*[97]

---

[95] O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 2ª Edición 1989, página 339.
Varios de los instrumentos internacionales, excluyen –expresa o implícitamente— el disfrute por parte de los niños de determinados derechos como por ejemplo, el derecho de casarse y de fundar una familia, el cual es considerado privativo de una persona que "tiene edad para ello" y, los derechos políticos que sólo pueden ser ejercidos por ciudadanos (concepto que implica la mayoría de edad). Esta circunstancia, se sustenta en la interpretación según la cual, los menores son titulares de todos los derechos que dichos instrumentos conceptualizan como derechos de "toda persona", (*Ibidem*, p. 315).

[96] "(…) El derecho a crecer en el ámbito de la propia familia constituye un derecho fundamental en consonancia con el respeto por la personalidad o persona de niños y adolescentes y la defensa de su derecho a la identidad. A su vez, este expreso reconocimiento sobre el derecho a vivir en familia (o el derecho a la vida familiar de conformidad con la denominación adoptada en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) lleva ínsito el derecho a reclamar la cooperación por parte de quien o quienes están en condiciones para cumplir (en este caso el Estado), para remover todas las dificultades —tanto personales, sociales como económicas— que obstaculizan la real efectividad del derecho de niños y adolescentes de crecer en la propia familia y, supletoria o subsidiariamente, en otro grupo familiar", (*Cfr*. Grosman, Cecilia P. (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), "Hacia una armonización legislativa del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados", en *El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de la crianza y educación de los hijos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, páginas 465 y ss.). Un análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño, Beloff, Mary, Deymonnaz, Virginia, Freedman, Diego, Herrera, Marisa y Terragni, Martiniano, *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada,* La Ley, Buenos Aires, 2012.

[97] "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy compresivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana", (*Cfr.* Corte IDH. *Caso de los "Niños de*

Por lo demás, el principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño[98] de 1959 señala que:

> El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia, o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas, conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Por último, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 12 (El derecho del niño a ser escuchado), sostuvo que,

> La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad. Esa manera de ejercer la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia.[99]

1. El derecho de vivir y permanecer con la familia. Separación excepcional

En el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra reafirmado el derecho humano del niño a vivir y a permanecer con su familia de origen.

En relación con este derecho, la Corte IDH en el *Caso Fornerón vs. Argentina* señalò que:

> (…) *el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.* En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.[100]

En caso de que ello la convivencia con su familia de origen no fuera posible, el niño tiene derecho a vivir y permanecer con su familia ampliada o referentes afectivos, interpretados en el sistema regional por la Corte IDH en la citada Opinión Consultiva No. 17 como el conjunto de “todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”;[101] y sólo de manera excepcional, con otra familia ajena a su núcleo de pertenencia a través de figuras jurídicas de inserción temporal o permanentes como la adopción, con el fin de dar cumplimiento a otro derecho humano específico como lo es el derecho a vivir en familia.

Respecto de las obligaciones de los Estados y de los padres y/o de la familia, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los *Estados deberán respetar las responsabilidades*,

---

la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de de 19 de noviembre de 1999, párr. 194).
En similar sentido, Corte IDH. *Caso Contreras y Otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232 supra nota 94, párr. 107; y Corte IDH. *Forneròn e Hija vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 137.
Además, la Corte IDH había señalado que: “El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”, (*Cfr*. Corte IDH, Serie No. A 16, Opinión Consultiva OC 16/99, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999, párr. 115).

98 *Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.*

99 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 90.

100 Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.,* párr. 45. Destacado agregado.

101 Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op.cit*., párr. 70.

derechos y deberes de los padres, de la familia, del tutor o persona encargada del cuidado, dirección y orientación del niño.[102]

Por otro lado, el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (…) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 18 señala que los Estados partes "pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño". De este modo, coloca en los *padres o representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, quienes deberán tener en consideración el "interés superior del niño" al adoptar todas aquellas medidas de protección* de conformidad con el artículo 19 de la CADH.

El Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 7 (Realización de los derechos del niño en la primera infancia),[103] indicó que:

> La responsabilidad otorgada a los padres y a otros tutores está vinculada al requisito de que actúen en el interés superior del niño. El artículo 5 establece que la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el 'niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención'. Ello se aplica igualmente a los niños más pequeños y a los mayores. Los lactantes dependen totalmente de otros, pero no son receptores pasivos de atención, dirección y orientación. Son agentes sociales activos, que buscan protección, cuidado y comprensión de los padres u otros cuidadores, a los que necesitan para su supervivencia, crecimiento y bienestar. Los recién nacidos pueden reconocer a sus padres (u otros cuidadores) muy poco después del nacimiento, y participan activamente en una comunicación no verbal. En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.[104]

De acuerdo también con la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 18) al Estado le corresponde "prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y

[102] *Cfr*. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5. En este sentido, no sólo se atribuye al Estado la responsabilidad de acompañar, colaborar y apoyar a los principales cuidadores de los niños, sino que también coloca en cabeza de ambos padres obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. El artículo 5 de la CIDN debe —como toda su normativa— ser interpretada de la manera más amplia y flexible posible, en total consonancia con uno de los criterios hermenéuticos clásicos del derecho internacional de los derechos humanos: el principio *pro homine (persona)* —por el cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos y a la inversa, la interpretación más restrictiva cuando se trata de restringir derechos", (*Cfr*. Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* 1a. reimpresión, CELS, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, página 163).

[103] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7, 20 de septiembre de 2006.

[104] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, ya cit., párr. 16.

servicios para el cuidado de los niños" y, además, adoptar todas aquellas medidas apropiadas al respecto, por ejemplo, asistencia material, programas de apoyo, viviendas, etc.[105] Sobre este punto, la Corte IDH sostuvo en la Opinión Consultiva No. 17 que ello comporta la necesidad de favorecer el desarrollo y fortalecimiento familiar. En este sentido, el tribunal interamericano señala que: "(…) el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar".[106]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 17 (Derechos del Niño - artículo 24) sostuvo que:

> La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado Parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados Partes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño puede ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres.[107]

En otro orden, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)[108] señalan que,

> Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto.[109]

En este sentido, las citadas Directrices agregan que, "los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa"; al mismo tiempo, que "la sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías".[110]

En otro orden, la Convención sobre Derechos del Niño prevé la posibilidad de que los Estados

[105] Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 18.

[106] Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *Op.cit*., párr. 88.

[107] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, Derechos del Niño (artículo 24), ya cit., párr. 6.

[108] Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

[109] Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), Directriz 13.

[110] Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), Directriz 12. Asimismo, "Deberá prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o de la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños" y, "Se deberán adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias la oportunidad de aprender las funciones y obligaciones de los padres en relación con el desarrollo y el cuidado de sus hijos, para lo cual se fomentarán relaciones positivas entre padres e hijos, se hará que los padres cobren conciencia de los problemas de los niños y los jóvenes y se fomentará la participación de los jóvenes en las actividades familiares y comunitarias", (*Cfr*. Directrices 15 y 16).

promuevan la concertación y/o adhesión de convenios internacionales en caso de que la persona que tenga la responsabilidad financiera del niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño.[111]

En cuanto a la separación del niño de su familia, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

> 9. 1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos*, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
>
> (…)
>
> 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (…)[112]

En definitiva, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el deber de los padres de criar a sus hijos y, por lo tanto, procura que la separación de su núcleo familiar sea excepcional, esté justificada sólo en el interés superior del niño y esté sujeta a control judicial.

Sobre este punto, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños[113] señalan que:

> Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora.[114]

En el comentario a la regla 18 de las Reglas de Beijing[115] establece que dentro de la familia los padres tienen no sólo el derecho sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos; por consiguiente, la separación de los niños respecto de sus padres debería ser una medida aplicada como último recurso (por ejemplo, en casos de abuso de menores). En este sentido, el artículo 18.2 de las *Reglas de Beijing* prescribe que:

> Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario

[111] Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 18 y 27.

[112] *Cfr*. el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en estos procedimientos se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. En esta línea, el artículo 10, establece la obligación de los Estados de atender "de manera positiva, humanitaria y expeditiva" toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia. Dicho artículo dispone que, con el objetivo de garantizar el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, los Estados respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país –incluido el propio-, y de entrar en su propio país, derecho que sólo puede estar sujeto a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la citada Convención.

[113] Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Res. 64/142 del 20 de noviembre de 2009, en el marco del XX Aniversario de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[114] Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Directriz 3.

[115] *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.*

Sobre la posibilidad de separar al niño de su familia, el Comité de Derechos del Niño en la ya mencionada Observación General No. 12 recomendó que:

> Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño.[116]

En relación con el respeto de las funciones parentales, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que:

> (…) Los Estados Partes deberán respetar la supremacía de padres y madres. Ello implica la obligación de no separar los niños de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del niño (art. 9). Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Las situaciones que tienen más probabilidades de repercutir negativamente en los niños pequeños son la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión material o psicológica o de salud mental menoscabada; la atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; y las situaciones en las que los niños experimentan trastornos en las relaciones (inclusive separaciones forzadas), o en las que se les proporciona atención institucional de escasa calidad (…)[117]

Este punto está íntimamente ligado con la obligación de los Estados de garantizar a toda persona sus derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, cuando la familia no esté en condiciones de satisfacer las necesidades materiales del niño, la solución no consiste en la separación de la familia sino en su fortalecimiento. Por ello la imposibilidad de la familia de satisfacer las necesidades materiales del niño, no debe ser motivo para la separación de éste en forma definitiva, aún cuando esas dificultades hayan ocasionado lo que puede considerarse como un abandono parcial o provisional. En tales circunstancias, el deber de las autoridades es hacer todo lo posible para ayudar a la familia a superar la crisis y reunir las condiciones que le permitan volver a asumir plenamente sus responsabilidades para con sus hijos.[118]

Por otro lado, la Corte IDH precisó que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de una decisión administrativa o judicial que permita la separación del niño de sus padres y consecuente privación de derechos,[119] pero sí puede ser un elemento a valorar en conjunto con otros factores. De esta manera, concluyó que la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal[120] y adoptada por un procedimiento respetuoso de las garantías cuando implique la suspensión o la modificación de las responsabilidades parentales.[121]

Además, sostuvo que:

> (…) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.[122]

---

[116] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, *op. cit*., párr. 53.

[117] *Cfr*. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *op.cit*., párr. 18.

[118] *Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit.,* páginas 320-321.

[119] Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit.,* párr. 76.

[120] Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit*., párr. 77.

[121] *Ibidem*, párr. 114.
En este sentido y, "(…) en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia". (*Cfr*. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, op. cit*., párr. 65).

[122] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC 17/02, *op.cit.* párr. 77.

Por otro lado, la Comisión IDH, en el Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, señaló la necesidad de que el deber de protección especial de la infancia implica necesariamente que los intereses del niño sean tomados en cuenta en la adopción por parte del Estado de decisiones que lo afecten y que tales decisiones velen por la protección de los intereses del niño.[123]

2. Medidas de protección de niños separados de su medio familiar

Como se señaló en el apartado anterior, la sociedad y, fundamentalmente, los Estados deben procurar que el niño permanezca con su familia de origen o, en todo caso, con su familia ampliada, siempre que ello no sea contrario a su interés superior. Con independencia de esta amplia protección existen casos en los que la permanencia del niño en el seno familiar no es posible porque esa familia atenta o viola directamente los derechos de sus niños (en casos de abuso o maltrato, por ejemplo) o bien porque esa familia no existe (los supuestos de abandono). Agotados todos los recursos para una revinculación familiar eficaz o para ubicar al niño en su familia ampliada, el derecho internacional reconoce que es necesario excepcionalmente prever la existencia de otras alternativas de cuidado.

En relación con este tema es preciso tener en consideración al Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía;[124] la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores[125] que, con el fin de prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, regula diversos aspectos civiles y penales y reafirma la importancia de la cooperación internacional para lograr una eficaz protección del interés superior del niño; y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,[126] instrumento internacional que tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que, habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos de forma ilegal.[127]

a. Niños privados del cuidado parental

De acuerdo con las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, se entiende por “niños privados del cuidado parental” a:

> (…) todos los niños que durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho (…)[128]

En este sentido, el derecho del niño a ser protegido contra el abandono está vinculado con el principio de la unidad familiar, con el derecho del niño a una protección especial y con el concepto de familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”.[129]

[123] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 163.

[124] *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía , adoptado por Asamblea General en su Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.*

[125] Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 18 de marzo de 1984 en México. Entrada en vigor el 15 de agosto de 1997 conforme al artículo 33 de la Convención.

[126] Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 15 de julio de 1989 en Montevideo (Uruguay). Entrada en vigor el 4 de noviembre de 1994.

[127] Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 1.

[128] Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 29 a).

[129] *Cfr*. O’Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit.*, página 320.
En este sentido, “En una perspectiva más amplia, ese derecho también se circunscribe dentro de las obligaciones del Estado de garantizar los derechos económicos y sociales fundamentales de toda persona, comenzando con el derecho a

Las citadas Directrices señalan en el artículo 29 que:

> El niño privado del cuidado parental que se encuentre fuera de su país de residencia habitual o sea víctima de situaciones de emergencia podrá ser designado como:
>
> i) "No acompañado", si no ha sido acogido por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo;[130] o
>
> ii) "Separado", si ha sido separado de un anterior cuidador primario legal o consuetudinario, aunque pueda estar acompañado por otro pariente; (…)[131]

Sobre el tema, la Declaración de los Derechos del Niño señala en su principio VI que "la sociedad y las autoridades públicas tienen la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia".

Por su parte, la Directriz 14 de las *Directrices de Riad* establece que:

> Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro.[132]

Frente a estas circunstancias existen varias medidas tendientes a resguardar el derecho del niño a vivir y crecer en el ámbito de una familia, por ejemplo, la adopción y/o la colocación con una familia u hogar sustituto. En este sentido, previamente deben agotarse, como se mencionó anteriormente, todas las posibilidades de revinculación del niño con su familia de origen o ampliada.[133]

---

un empleo y a un salario que permita a la familia del trabajador vivir con dignidad"., (*Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit*., página 320).

[130] En similar sentido, Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39º período de sesiones, 17 de mayo a 3 de junio de 2005, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 7.

[131] En este sentido, Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *op. cit.*, párr. 8. Sobre el proceso de evaluación inicial respecto de aquellas medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia, Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *op. cit*., párrs. 31 y ss.

[132] En similar sentido, "[c]uando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas. Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada" (*Cfr*. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 5).

[133] En cuanto a la vulnerabilidad de los niños pequeños ante los riesgos, el Comité de los Derechos de los Niños "(…) advierte que gran número de niños pequeños crecen en circunstancias difíciles que frecuentemente constituyen una violación de sus derechos. Los niños pequeños son especialmente vulnerables al daño causado por relaciones poco fiables o inestables con padres y cuidadores, o por el hecho de crecer en condiciones de pobreza y privación extremas, rodeados de conflictos y violencia, desplazados de sus hogares como refugiados, o por cualquier otro cúmulo de adversidades perjudiciales para su bienestar. Los niños pequeños son menos capaces de comprender estas adversidades o de resistir sus efectos dañinos para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Se encuentran especialmente en situación de riesgo cuando los padres u otros cuidadores son incapaces de ofrecerles la protección adecuada, ya sea por enfermedad, por defunción, o por la disolución de las familias o comunidades. Cualesquiera que sean las circunstancias difíciles, los niños pequeños necesitan una consideración particular debido al rápido desarrollo que experimentan; son más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior". (*Cfr*. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *op. cit.*, párr. 36).

Con relación a las *obligaciones del Estado acerca de los niños no acompañados o separados*, el Comité de Derechos del niño en la Observación General No. 6 sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen sostuvo que éstas *se extienden a todos los poderes del Estado* (ejecutivo, legislativo y judicial); entre ellas, "la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (…)"[134]

Por otro lado, el citado Comité de los Derechos del Niños sostuvo, en la Observación General No. 7 (Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia), que:

> Los derechos del niño al desarrollo están en grave peligro cuando los niños son huérfanos, están abandonados o se les ha privado de atención familiar o cuando sufren largas interrupciones en sus relaciones o separaciones (por ejemplo, debido a desastres naturales u otras situaciones de emergencia, epidemias como el VIH/SIDA, encarcelamiento de los padres, conflictos armados, guerras y migraciones forzosas). Estas adversidades repercutirán de forma diferente en los niños según su resistencia personal, su edad y sus circunstancias, así como la disponibilidad de mayores apoyos y cuidados alternativos. De las investigaciones se desprende que la atención institucional de baja calidad raramente promueve el desarrollo físico y psicológico saludable y puede tener consecuencias negativas graves para la integración social a largo plazo (…) En la medida en que se necesitan cuidados alternativos, la colocación temprana en lugares donde reciben atención de base familiar o parafamiliar tiene mayores probabilidades de producir resultados positivos entre niños pequeños (…)[135]

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño

> [a]lienta a los Estados Partes a invertir en formas de atención alternativa y a apoyar esas otras formas de atención a fin de garantizar la seguridad, la continuidad de la atención y el afecto, y ofrecer a los niños pequeños la oportunidad de establecer relaciones a largo plazo basadas en el respeto y la confianza mutuos, por ejemplo mediante la acogida, la adopción y el apoyo a miembros de familias ampliadas.[136]

Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños definen las diferentes formas de acogimiento familiar alternativo. Al respecto, entienden por:

> (…) i) *Acogimiento informal*: toda solución privada adoptada en un entorno familiar, en virtud de la cual el cuidado del niño es asumido con carácter permanente o indefinido por parientes o allegados (acogimiento informal por familiares) o por otras personas a título particular, por iniciativa del niño, de cualquiera de sus padres o de otra persona sin que esa solución haya sido ordenada por un órgano judicial haya sido ordenado por la autoridad judicial o un órgano o administrativo o por una entidad debidamente acreditada;
>
> ii) *Acogimiento formal:* todo acogimiento en un entorno familiar que administrativo competente y todo acogimiento en un entorno residencial, incluidos los centros de acogida privados, resultante o no de medidas judiciales o administrativas;

[134] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *op. cit.*, párr. 13.

[135] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *op cit.*, párr. 36 b).

[136] *Ibid.*

> *c*) Según el entorno en que se ejerza, el acogimiento alternativo puede ser:
>
> i) *Acogimiento por familiares:* acogimiento en el ámbito de la familia extensa del niño o con amigos íntimos de la familia conocidos del niño, de carácter formal o informal;
>
> ii) *Acogimiento en hogares de guarda*: los supuestos en que una autoridad competente confía el niño a efectos de acogimiento alternativo al entorno doméstico de una familia distinta de su propia familia, que ha sido seleccionada, declarada idónea, aprobada y supervisada para ejercer ese acogimiento;
>
> iii) Otras formas de acogida en un entorno familiar o similar;
>
> iv) *Acogimiento residencial:* acogimiento ejercido en cualquier entorno colectivo no familiar, como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a plazo corto y largo, incluidos los hogares funcionales(…)[137]

Conforme la directriz 20 de las mismas Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños,

> El acogimiento alternativo no debería ejercerse nunca con el fin primordial de promover los objetivos políticos, religiosos o económicos de los acogedores.

Con relación a los *niños alojados en instituciones de abrigo o de protección* –situación reconocida como excepcional por las normas internacionales– la DUDH así como los demás instrumentos de derechos humanos consagran el derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Las instituciones para menores abandonados deben *inspirarse en dos principios rectores: el respecto a la dignidad del menor como persona y el derecho al amor y a la compasión que le faltan a causa de la separación o pérdida de su familia.*[138]

En toda decisión que se tome con relación al niño, es necesario garantizar el interés superior del niño así como su derecho a ser oído (artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño[139]) que establece que los Estados deben garantizar al niño su derecho a ser oído en todos los asuntos que lo afecten y deben tener en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez.[140]

En palabras del Comité de Derechos del Niño (Observación General No. 12):

---

[137] *Cfr*. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 29. Destacado agregado. Es importante señalar también que en el *Caso L.M. respecto de Paraguay*, la Corte IDH se refirió a la necesidad de que los juicios de custodia y tuición de niñas y niños se resuelvan con la mayor celeridad, para evitar que situaciones de separación de un niño o niña respecto de sus padres adquieran carácter definitivo por el simple transcurso del tiempo.

[138] *Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit.,* páginas 312-322.

[139] Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

[140] Sobre el tema la Corte IDH precisó en la Opinión Consultiva No. 17 que la participación en los procesos está limitada a las características personales y al interés superior del niño y que se debe procurar el mayor acceso posible. En este sentido, el citado tribunal sostuvo que existe "gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un niño de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio" (Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit.*, párr. 101). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en la citada Observación General No. 12 (El derecho del niño a ser escuchado) sostuvo que el niño no debe probar su capacidad (párr. 20) De esta forma, acentúa la necesidad de que se implementen formas de comunicación no verbales (lenguaje corporal, dibujos o expresiones faciales) y explica que no se requiere que el niño comprenda todas las cuestiones analizadas, discutidas o involucradas (párr. 21); y además, que la participación es un derecho del niño y no una obligación. (párr. 16).

> La experiencia del Comité es que los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia.[141]

b. Adopción

La Convención sobre Derechos del Niño en el artículo 21 dispone que:

> Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:
>
> a) Velarán por que la adopción del niño *sólo sea autorizada por las autoridades competentes,* las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
>
> b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
>
> c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
>
> d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
>
> e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Sobre la adopción internacional, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores,[142] en cuanto a los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, señala que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Este derecho, como se advierte, está directamente relacionado con el interés superior del niño. En este sentido, salvo en los casos en los que el niño aún tenga muy limitada su capacidad de expresión (como acontece, por ejemplo, en los primeros meses de su vida), es responsabilidad del Estado contar con los mecanismos y procedimientos que permitan conocer la opinión del niño y comprender sus intereses y visiones.[143]

---

[141] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, *op. cit.*, párr. 54.

[142] Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 24 de mayo de 1984 en La Paz (Bolivia). Entrada en vigor el 26 de mayo de 1988 conforme al artículo 26 de la Convención.

[143] La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de

Por su parte, el Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en material de adopción internacional[144] de 1993 reconoce que el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión y que, en caso de no ser posible mantener al niño con su familia, “la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen”.[145] De esta forma, señala la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan en consideración el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales.[146] En este sentido, tiende a la protección de los niños y de sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas, así como a prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

Sobre el tema, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños,[147] con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, señala que “el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.[148] En este sentido, en primer lugar el niño debe ser cuidado por sus propios padres[149] y, en caso de que estos no puedan ocuparse de aquel o sus cuidados sean inapropiados, se prevé la posibilidad del cuidado por parte de otros familiares, otra familia sustitutiva (adoptiva o de guarda) o una institución apropiada[150] y, además, que “en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental”.[151] La citada Declaración indica que la colocación de niños en hogares de guarda deberá reglamentarse por medio de una ley.[152] Por lo demás, establece el carácter temporal de la colocación del niño en un hogar de guarda; sin embargo, admite que, de ser necesario, podrá extenderse hasta la edad adulta.[153] *En cuanto a la adopción,* señala que *el objetivo fundamental “consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente”*.[154] Esta Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños *prevé también la posibilidad de la adopción internacional en situaciones en las cuales “no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen”*.[155]

El citado Convenio de la Haya establece *determinados requisitos que deben darse como condición para una adopción internacional*. Al respecto, es necesario que el Estado de origen compruebe los siguientes requisitos:

---

estas disposiciones”., (*Cfr*. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 57).

[144] Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en material de adopción internacional, adoptado el 29 de mayo de 1993 en La Haya. Entrada en vigor:1 de mayo de 1995.

[145] Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en material de adopción internacional, Preámbulo.

[146] Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en material de adopción internacional, Preámbulo.

[147] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, el 3 de diciembre de 1986 .

[148] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 2.

[149] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 3.

[150] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 4. En este sentido, “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”, (artículo 5).

[151] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, Preámbulo.

[152] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 10. “[l]os encargados de los procedimientos de adopción y de colocación en hogares de guarda deberán haber recibido capacitación profesional u otro tipo de capacitación apropiada” (artículo 6). Por lo demás, “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño” (artículo 9).

[153] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 11.

[154] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 12. Así, “[a]ntes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal” (artículo 16).

[155] Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 17.

a) haya establecido que el niño es adoptable;

b) haya constatado que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) haya asegurado de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento; que han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y por escrito; en último lugar, que no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados. En el caso del consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se haya dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d) haya asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario y, que se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño.[156]

En cuanto a los efectos de la adopción, el artículo 26 del mencionado Convenio de la Haya establece que:

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. 2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados. 3. Los apartados precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

Sobre el tema, el Comité de los Derechos del Niños sostuvo en la citada Observación General No. 6 sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen que,

(…) los Estados deben observar las disposiciones siguientes:

-La adopción de menores no acompañados o separados sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable (…)

-Los menores no acompañados o separados no deben ser adoptados con precipitación en medio de una emergencia.

-Toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior del menor y debe ajustarse al derecho nacional e internacional y a la costumbre.

-En todos los procedimientos de adopción debe solicitarse y tenerse en cuenta las opiniones del menor, teniendo presente su edad y madurez (…)

-Debe darse prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de residencia. Si ello no fuera posible, se dará preferencia a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia del menor o al menos dentro de su propia cultura (…)[157]

3. Derecho a la protección familiar en relación con el derecho a la identidad

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad. Es un derecho humano que comprende derechos interrelacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad

[156] Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en material de adopción internacional, artículo 4.

[157] Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *op. cit.*, párr. 91.

inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación y el Estado está obligado a garantizarlo mediante todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

En lo que se relaciona con la protección a la familia, en consonancia con el artículo 11.2 de la Convención Americana, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley), sin injerencias ilícitas.

La Corte IDH, en el *Caso Gelman vs. Uruguay,* sostuvo que:

> (…) el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.[158]

Si bien el derecho a la identidad no está contemplado explícitamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH en el *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* sostuvo que:

> (…) aunque el derecho a la identidad no se encuentre expresamente previsto en la Convención Americana, su contenido material se desprende, en las circunstancias del caso concreto, sobre todo de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (*derecho a la protección de la familia*) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) de ésta.[159]

En sentido similar, el citado tribunal regional en el *Caso Contreras vs. El Salvador* concluyó que:

> (…) *la afectación del derecho a la identidad* en las circunstancias del presente caso ha implicado un fenómeno jurídico complejo que abarca una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares, que *se traducen en actos de injerencia en la vida privada, así como afectaciones al derecho al nombre y a las relaciones familiares.*[160]

En el mismo caso la Corte IDH sostuvo que:

> (…) es posible concluir que en tanto el Estado realizó injerencias sobre su vida privada y familiar y faltó a sus deberes de respeto y garantía sobre aspectos íntimos de la personalidad –como el derecho al nombre– así como factores que abarcan su interrelación con otros –el derecho a la familia–, el Estado violó los artículos 11.2, 17, 18 y 19 de la Convención Americana. Además, a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte reitera la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en la Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de niños y niñas, que incluía la alteración de la identidad de los mismos (…)[161]

---

[158] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122. Así, "la identidad supone no solo los atributos biológicos sino todo lo referido a la personalidad que ha conformado el sujeto y que permiten su identificación en la sociedad en que se desenvuelve"., (*Cfr*. Ghersi, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona humana,* Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, página 142).

[159] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. dSerie C No. 120 el voto en disidencia del Juez Antônio Cançado Trindade, párr. 20. Destacado agregado. En similar sentido, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH sostuvo que: "Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia (…)", (*Cfr*. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit*., párr. 122).

[160] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 114. Destacado agregado. En similar sentido, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221 párr. 120.

[161] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op cit,* párr. 117.

En el precedente *Fornerón vs. Argentina*, directamente relacionado con el derecho a la protección de la familia, el máximo tribunal regional concluyó sobre el tema que:

> La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, *a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social*. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar.[162]

Por otro lado, como se señaló, en la citada Opinión Consultiva No. 17, la Corte IDH consideró que toda persona tiene derecho a vivir o mantener contacto directo o relaciones personales con su familia, dado que ésta, al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad, en principio, está "llamada a satisfacer [las] necesidades materiales, afectivas y psicológicas" de todo ser humano. [163]

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.[164]

4. Derecho a la vista familiar de personas privadas de la libertad

El Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana han reconocido el derecho de las personas privadas de libertad a recibir visitas de familiares como componente del derecho a ser tratados humanamente y del derecho a la dignidad. En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad ylibertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas.[165]

De esta forma, la Comisión Interamericana insistió en el *derecho de las personas privadas de libertad de recibir visitas de sus familiares*. En este sentido, señaló que:

> El artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Es un *derecho tan básico de la Convención que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas*. En este caso, los peticionarios alegan

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al examinar un caso de apropiación de una niña, hija de desaparecidos durante la dictadura militar argentina, señaló que "[su] secuestro […], la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S.S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]", (*Cfr* Comité de Derechos Humanos. Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio vs. Argentina, Comunicación No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), Dictamen de 27 de abril de 1995, párr. 10.4.)

162 Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 123. En similar sentido, Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 113. Destacado agregado.

163 Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit.*, párr. 71.

164 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 8: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

165 Comisión IDH, Informe Nº 38/96, Caso X y Y c. Argentina, Nro. 10.506, 15 de octubre de 1996; Caso Mismito, Caso Cuba, (1983) y, Caso Uruguay (1983-84).

> que el ejercicio de este derecho se vio sujeto a una restricción ilegítima y que varios de los derechos protegidos por la Convención, especialmente el derecho a la integridad personal y el derecho al honor y a la dignidad fueron violados al pretender ellas ejercer el derecho a la familia.[166]

Además, la Comisión indicó que:

> El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, *el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.*[167]

5. No suspensión de la protección familiar

La Convención Americana en el artículo 27 dispone que:

> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
>
> 2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos* determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); *17 (Protección a la Familia);* 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
>
> 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.[168]

Si bien el análisis de este artículo excede el presente comentario,[169] es posible concluir que el derecho a la protección familiar es un derecho fundamental de aquellos cuya vigencia no puede, en ningún caso, suspenderse.[170]

---

[166] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 38/96, Caso X y Y c. Argentina, *op. cit,* párr. 96. Destacado agregado.

[167] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 38/96, Caso X y Y c. Argentina, *op cit,* párr. 97. Destacado agregado.

[168] Destacado agregado.

[169] Véase el comentario al artículo 27 a cargo de Gabriela Rodríguez, el cual forma parte de esta obra,

[170] Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera edición, San José, Costa Rica, 1996, páginas 86 y ss. Y Pinto, Mónica, Temas de Derechos Humanos, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

La Convención Americana se diferencia del PIDCP que también habilita a los Estados en situaciones excepcionales a suspender determinadas obligaciones pero no hace expresa mención al derecho a la protección de la familia.[171]

VI. Conclusión

La protección de la familia es una regla de derecho internacional de los derechos humanos presente tanto en el sistema regional como en el sistema universal prácticamente desde la creación de ambos. Todos estos instrumentos coinciden en que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

La regla general basada en la concepción de que la familia es una *estructura fundamental de la sociedad* es a su vez desarrollada y contenida en numerosos derechos. De esta forma, el derecho a formar una familia, el derecho a que ella esté protegida de injerencias arbitrarias del Estado y de particulares, el derecho a contraer libremente matrimonio y a su disolución en caso de ser necesaria sobre la base de reglas igualitarias, el derecho a la igualdad de los contrayentes, el derecho a formas alternativas de cuidado familiar en el caso de los niños y a que la familia como entidad colectiva sea destinataria de medidas especiales de protección por parte del Estado, están ampliamente reconocidos por las normas internacionales y regionales que fueron analizadas en el presente comentario.

No es posible obviar la evolución que ha sufrido el concepto de familia, concepto que no se limita a la familia tradicional sino que incluye hoy a las familias monoparentales, extendidas, ensambladas, etc.. Acorde con esta evolución, el concepto de matrimonio actualmente es entendido por algunas legislaciones no sólo como la unión de un hombre y una mujer sino también como la unión de personas del mismo sexo, normas que expresan la idea de fortalecer y proteger las diversas estructuras familiares que las personas constituyen.

La protección de la familia se complementa con la garantía de toda persona a ser protegida contra toda injerencia ilegal, arbitraria o abusiva en su vida familiar. Los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos previamente analizados reconocen no sólo el derecho de toda persona sino también el derecho de su familia a no ser objeto de ningún tipo de injerencia. En cuanto al Estado, le corresponde el deber de abstenerse de perpetrar actos de esta naturaleza y, además, el deber de proteger al individuo y a la familia contra eventuales injerencias así como la obligación de asistir a las familias a fin de favorecer el desarrollo y el fortalecimiento del núcleo familiar.

La protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas.

El derecho internacional de los derechos humanos evidencia un notable avance en relación con la protección a la familia expresado en los amplios deberes de prestación positiva del Estado hacia todas las estructuras familiares así como en una amplia y plural concepción de la familia.

[171] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. Medidas Provisionales, Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto de Colombia, Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Opiniones consultivas

Corte IDH, Serie A No. 8, Opinión Consultiva No. 8 OC-8/87, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 30 de enero de 1987.

Corte IDH, Serie A No. 17, Opinión Consultiva No. 17 OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28 de agosto de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición)

CIDH, Informes relativos a casos individuales: Caso 10.506 X e Y, Argentina; Caso 11.565 Ana, Beatriz y Celia González, México; Informe Nº 53/01, 4 de abril de 2001; Caso 12.046 Mónica Carabantes Galleguillos, Chile; Informe Nº 32/02 solución amistosa de 12 de marzo de 2002.

Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, Artículo 24, 7 de abril de 1989.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, Suspensión de garantías durante el estado de excepción, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 72ª período de sesiones, 31 de agosto de 2001.

Comité de Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes (artículo 19, párr. 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006.

Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de

la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/ Add.150, de 21 de febrero de 2001.

Artículos y publicaciones académicos

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general,* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil,* Parte General, Vigésimoprimera Edición, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo I, 13ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Les grandes decisions de la Cour Interamericaine des Droits de l'homme,* Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal,* Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.

GHERSI, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona humana*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

LARRAIN RÍOS. Hernán, *Lecciones de derecho civil. Del derecho y sus clasificaciones. Teoría de la ley. Teoría de los derechos subjetivos. De las personas y de los atributos de la personalidad. Teoría de los actos jurídicos. Nulidad y rescisión. Teoría de la prueba*, Colección manuales jurídicos, Editorial jurídica de Chile, Santiago, abril 1994.

LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo Social y Relaciones Laborales,* 2ª Edición, revisada y actualizada, Ed. Dukinson, Madrid, 2005.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*, *Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas, Vigésima Edición, Ed. Lexis Nexis, 2003.

OCHOA, Oscar E., *Personas. Derecho Civil I,* Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006.

O' DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004

O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 2ª Edición 1989,

SAVATIER, René. *Les Personnes, Ètat et capacité,* En: *Traitè Pratique de Droit Civil Francais,* Librairie Générale de Droit de Jurisprudente, París, 1952, T.I, No. 117.

Índice

I. Introducción

El nombre es la forma más antigua de designación e identificación de una persona dentro de la sociedad en la que vive.

En las sociedades primitivas y poco numerosas, el nombre era individual. Sin embargo, con el correr del tiempo, ello resultó insuficiente en los Estados o países densamente habitados; en otras palabras, a medida que las ciudades se poblaban, se hizo necesario agregar al nombre de pila otro nombre que permitiera distinguirlo de otros homónimos.[1]

El nombre es la *marca distintiva del individuo*, el elemento necesario de su actividad individual que, de no tenerlo, no podría ejercer libremente sino a riesgo de ser objeto de confusión con otros individuos.

El *derecho al nombre es un derecho inalienable* como inherente a la personalidad, igual que el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al honor, el derecho a la libertad, entre otros; de los que nadie puede renunciar a su goce y ejercicio porque, precisamente, ese goce y ejercicio constituyen la personalidad.

La doctrina moderna distingue, por un lado, el nombre patronímico, nombre de familia o apellido y, por otro lado, el nombre individual, prenombre o nombre de pila.

Sobre el derecho al nombre, la Corte IDH sostuvo en el *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* –caso emblemático para el análisis del derecho motivo del presente comentario– que,

> (…) *el derecho al nombre*, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales.[2]

Asimismo, en el citado precedente, consideró que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesionaba la dignidad humana al negar de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hacer al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.[3]

En definitiva, el nombre es considerado uno de los derechos fundamentales del hombre desde su nacimiento y durante toda su existencia.

---

1 "Así, fue como, en Roma, al nombre individual o praenomen, se agregó el nombre de la familia o gens, que era el nomen propiamente dicho; y finalmente, en los últimos tiempos de la República, comenzó a usarse un tercer nombre, el cognomen, que era al principio algo así como un sobrenombre individual, pero luego se transmitía de padres a hijos, para distinguir las diferentes ramas de una misma gens. A la caída del imperio romano, los pueblos bárbaros continuaron con su costumbre primitiva de usar un solo nombre individual (…)", (*Cfr*. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo I, 13ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, página 332. En similar sentido, Larrain Ríos, Hernán, Lecciones de derecho civil. Del derecho y sus clasificaciones. Teoría de la ley. Teoría de los derechos subjetivos. De las personas y de los atributos de la personalidad. Teoría de los actos jurídicos. Nulidad y rescisión. Teoría de la prueba, Colección manuales jurídicos, Editorial jurídica de Chile, Santiago, abril 1994, página 182)

2 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 182. Destacado agregado. En similar sentido, Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*,, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 192. Por su parte, el TEDH sostuvo que a diferencia de otros instrumentos internacional, tales como el PIDCP (artículo 24 para. 2), la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (artículos 7 y 8), o la CADH (artículo 18), el artículo 8 de la CEDH "no contiene disposción expresa sobre el nombre. "Como una medida de identificación personal, o de vinculación con la familia, el nombre de una persona, sin embargo,se relaciona con su vida privada y con su vida familiar. El hecho de que la sociedad y el Estado tengan un interés en su regulación no es excluyente, toda vez que estos aspectos del derecjo público son compatibles con la vida privada concevida esta como la inclusión de, hasta cierto grado, del dercho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humano, ya sea en el contexto personal así como en el profesional y en otros (…)"Traducción libre. *Cfr*. Corte Europea, Burghartz vs. Switzerland, Sentencia de 22 febrero de 1994, párr. 24.

3 *Cfr*. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 179.

II. Normativa

El artículo 18 de la CADH establece que:

> Toda persona *tiene derecho a un nombre propio* y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.[4]

El derecho al nombre había sido originalmente reconocido en el sistema universal de protección de derechos humanos en el PIDCP[5] que establece en su artículo 24.2 que:

> 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre (…)

En relación con instrumentos internacionales de derechos humanos específicos, la Declaración de los Derechos del Niño[6] en el principio 3 regula:

> El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad

Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño[7] en el artículo 7 prescribe que:

> 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
>
> 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Además, en el artículo 8.1 la citada Convención estipula que:

> 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
>
> 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Por su parte, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en el plano nacional e internacional[8] de 1986 en el artículo 8 establece que:

> En todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal. El niño, al ser adoptado, colocado en un hogar de guarda o quedar sometido a otro régimen, no deberá ser privado de su nombre (…) a menos que con ello adquiera otro nombre (…)

---

4 Destacado agregado.

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

6 Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

7 Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49), p. 167, ONU Doc. A/44/49. Aprobada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

8 Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en el plano nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares[9] en el artículo prescribe que:

> Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

Finalmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[10] en el artículo 16 g) dispone que:

> 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (…)
>
> g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; (…)

El artículo 18 de la CADH reconoce a toda persona el derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o de uno de ellos. Es un derecho que no está subordinado a lo que disponga el derecho interno. Existe por sí, de forma autónoma. La ley sólo está llamada a reglamentar la forma de asegurarlo a toda persona, mediante nombres supuestos de ser necesario.

Como se señaló, la Convención Americana reconoce el derecho al nombre a toda persona mientras que el PIDCP así como los instrumentos internacionales específicos de derechos del niño reconocen el derecho del niño a tener un nombre pero además establecen la inscripción obligatoria al momento de su nacimiento con el fin de proteger su derecho a la identidad.[11]

Sobre el punto cabe recordar que la Corte IDH en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico* sostuvo que el derecho al nombre es un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona,[12] sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada por el Estado.[13]

Sin embargo, el derecho al nombre no está contemplado expresamente en la DUDH[14] ni en la DADDH.[15] Si bien este derecho tampoco tiene un artículo equivalente en la Convención Europea, es preciso mencionar diversos convenios internacionales referidos a este derecho, entre ellos, el Convenio sobre cambio de nombre y apellido de 1958,[16] el Convenio nro. 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos de 1980.[17] Asimismo, existen

---

9 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

10 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979.

11 De acuerdo con O'Donnell, el derecho a tener un nombre refleja el interés de proteger al niño abandonado contra la discriminación social. *Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit*, páginas 333/334.

12 Sobre el nombre como derecho a identidad y a la personalidad jurídica, véase también el comentario al artículo 3 de Federico Andreu, el cual forma parte de esta obra,

13 Corte IDH. *Caso de las "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", op. cit.*, párr. 182.

14 Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948 en París.

15 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Colombia, Bogotá, en 1948.

16 Convenio sobre cambio de nombre y apellido, firmado en Estambul el 4 de septiembre de 1958. Este Convenio "concierne a los cambios de apellidos y de nombres concedidos por la autoridad pública competente, con exclusión de aquellos que resultaren de una modificación del estado de las personas o de la rectificación de un error" (artículo 1). Los Estados se comprometen a no conceder ningún cambio de nombre o apellido a nacionales de otros Estados.

17 Convenio nro. 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, adoptado por la Asamblea General en Cesma el 6 de septiembre de 1979, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980. El Convenio dispone que los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional (artículo 1).

otros convenios que se refieren a los aspectos técnicos como el Convenio relativo a la indicación de los nombres y apellidos en las actas de estado civil de 1976[18] y, con carácter complementario, Convenio sobre resoluciones rectificativas de las actas de estado civil y del Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones de estado civil, de 1954.[19] Por otro lado, el 8 de septiembre de 1982 se firmó en La Haya el Convenio relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos por medio del cual se crea un documento internacional llamado "certificado de diversidad de apellidos" que permite individualizar a las personas que, como consecuencia de las divergencias de las legislaciones nacionales aplicable s, poseen más de un apellido.[20]

III. Características del nombre

1. Naturaleza jurídica

Varias han sido las teorías que se han sostenido con relación a la naturaleza jurídica del nombre. Entre ellas es posible mencionar las siguientes:

El nombre como un derecho de propiedad. Esta teoría consideraba al nombre como un derecho de propiedad del cual era titular la persona que lo llevara y fue sostenida tradicionalmente por la jurisprudencia francesa. Actualmente esta teoría se encuentra en desuso, toda vez que el nombre es entendido como algo inmaterial que está fuera del comercio, es inalienable e imprescriptible; en otras palabras, carece de contenido económico (característica de los derechos patrimoniales).[21]

El nombre como un derecho de la personalidad. Según esta teoría el nombre es un derecho de la personalidad de todo hombre y su honra está íntimamente vinculado a él.

El nombre como una institución de policía civil. De acuerdo con esta teoría, el nombre sirve para la identificación de las personas; de ahí su inmutabilidad que se apoyaría en razones de seguridad social y seguridad ciudadana. Conforme esta concepción restrictiva, el derecho al nombre no existiría sino que se trataría de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos.[22]

---

[18] Convenio relativo a la indicación de los nombres y apellidos en las actas de estado civil, hecho en Berna el 13 de septiembre de 1973.

[19] Convenio sobre resoluciones rectificativas de las actas de estado civil y del Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones de estado civil, firmado en París el 10 de septiembre de 1954.

[20] Este Convenio tiene carácter *inter partes*. "[a]unque en general se trata de convenios de relativa importancia, atento el muy reducido número de países ratificantes, no por ello están desprovistos de todo interés. El Convenio de Munich es bastante innovador, en particular en cuanto establece una norma de conflicto autónoma para la determinación de nombres y apellidos que no dependen de la filiación, los efectos de la adopción o del matrimonio. Los convenios de Estambul y La Haya, aunque no logran progresar hacia la unificación de las normas de derecho material de los Estados miembros de la CIEC, evidencian la voluntad de organizar una coexistencia práctica de las legislaciones (armonización). El Convenio de Estambul se asemeja bastante a un tratado por el que se establecen normas uniformes de jurisdicción internacional"., (*Cfr*. Oyarzábal, Mario J. A, El Nombre y la Protección de la Identidad. Cuestiones de Derecho Internacional Público y Privado, publicado en ElDial.

[21] Los partidarios de esta teoría sostenían que "el nombre patronímico constituye para quien lo lleva una propiedad de la que le es permitido en principio gozar y disponer de la manera más absoluta o que 'la propiedad del nombre patronímico, marca distintiva exterior del individuo y de los miembros de una misma familia, ha sido siempre reconocida por la doctrina y la jurisprudencia como una propiedad cofamiliar colectiva por naturaleza e inalienable, incesible e imprescriptible (…) Según Planiol, el origen histórico de esta teoría se encuentra en el nombre feudal, es decir, el nombre o designación de una tierra llevado por una persona. Esta manera de designar a las gentes, según las señorías que poseyeran, condujo fatalmente al error de confundir el nombre con la propiedad (…)", (*Cfr*., Ochoa, Oscar E., Personas. *Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006, páginas 238-239).

[22] "El nombre –dice Planiol—es una institución de policía civil; es la forma obligatoria de la designación de las personas'. Para el maestro francés, todo el interés de la determinación jurídica del nombre se reduce a lo siguiente: si el nombre constituye una propiedad, la persona que lo lleva puede obtener le sea respetado por otro, sin tener la necesidad de probar que su usurpación le causa daño; pero si el nombre no es objeto de un verdadero derecho de propiedad, el reclamante debe probar un perjuicio derivado de la usurpación"., (*Cfr*. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio, Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, página 430).

El nombre como un derecho de la personalidad cuanto una institución de policía civil. Según esta teoría si sólo se concibiera al nombre como un derecho de la personalidad se desconocería el interés social que implica; en tanto, si sólo se lo reconociera como una institución de policía civil se desconocería uno de los derechos mas íntimamente vinculados a la personalidad humana. Esta parecería ser la postura que prevalece en el derecho moderno, según la cual la naturaleza jurídica del nombre estaría dada por la confluencia de estos dos enfoques (teoría *sui generis*).[23]

2. Características

El nombre individualiza e identifica a las personas. En este sentido, dada la importancia trascendental del nombre, se le atribuyen numerosas características, entre ellas las de:

Obligatoriedad: la necesidad de individualización de la persona exige necesariamente su identificación a través de un nombre.[24]

Inmutabilidad: en razón de la función que desempeña, el nombre no se puede cambiar salvo casos excepcionales, ya que tiende a proteger los derechos individuales de las personas y de la sociedad y, además, trata de dar seguridad en la identificación de las personas. Los intereses colectivos y la necesidad de evitar confusión no permiten su cambio voluntario y caprichoso. Por ello las personas deben individualizarse en la comunidad de manera cierta y permanente; sin embargo, como se señaló, este principio no es absoluto ya que, por razones de interés social y colectivo y en determinadas circunstancias ciertos cambios de nombres son permitidos.[25]

Inalienabilidad e intransmisibilidad: el nombre es intransmisible entre vivos lo cual deriva de su carácter extrapatrimonial; es decir, no puede ser enajenado, cedido, gravado ni transmitido mediante ningún acto jurídico ya que está fuera del comercio.

Imprescriptibilidad: el nombre no se puede adquirir ni perder por el transcurso del tiempo. El derecho al nombre y el derecho de ejercer su defensa no decaen con el tiempo, en contraposición con otros derechos que en caso de no ser ejercidos temporalmente no pueden ser reclamados.[26]

3. Cambio de nombre

Como se señaló, una de las características del nombre es la inmutabilidad, aunque no constituye un principio absoluto.[27] En ocasiones por razones de interés social y/o colectivo y bajo determinadas

---

[23] *Cfr*. Borda, Guillermo, *Manual de Derecho Civil*, Parte General, Vigésimoprimera Edición, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, páginas 176-177.

[24] Según Savatier, la sociedad debe poseer un medio de identificación al que las personas no puedan escapar, lo que se logra a través del nombre (Savatier, René, Les Personnes, Ètat et capacité, en Traitè Pratique de Droit Civil FranÇais, Librairie Générale de Droit de Jurisprudente, París, 1952, T.I, No. 117, página 146).

[25] *Cfr*. Ochoa, Oscar E., Personas. *Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006, página 237.

[26] *Cfr*. Borda, Guillermo, *Manual de Derecho Civil*, Parte General, *op. cit.*, página 177. “La imprescriptibilidad es una consecuencia del carácter inmutable del nombre ya que siendo los plazos ordinarios de prescripción inferiores en extensión al promedio de la vida humana, se le permitiría prácticamente a los individuos modificar sus nombres. La inmutabilidad del nombre (…) tiene por causa y medida el interés social”., (*Cfr*. Ochoa, Oscar E., Personas. Derecho Civil I, *op. cit.*, página 238).

[27] La Corte IDH ha realizado la construcción del derecho a la identidad. En los *Casos Gelman vs. Uruguay* y *Contreras vs. El Salvador*, estaría uno de los principales asideros conceptuales para permitir romper con el principio de inmutabilidad. “En el derecho romano, la elección, uso y, sobre todo, el cambio del nombre de una persona, eran dejados casi por completo a la libertad individual. La única limitación era que dicho cambio no fuera mutatio fraudulosa, es decir, que dicho cambio no se realizara dolosamente para perjudicar a terceros, ni tampoco ilícitamente; (…) Sin embargo, esa libertad absoluta no lo fue siempre (…) Más tarde con la aplicación de los ideales de la Revolución Francesa, cuyo primer propósito fue la protección de los derechos del hombre, es decir, del individuo, y sobre todo el derecho de libertad, con odio contra los títulos y prerrogativas nobiliarios, se restableció la libertad d e todo ciudadano de usar cualquier nombre de su elección, pero tal reestablecimiento duró poco”. Con relación al cambio de apellido, “Las leyes romanas

circunstancias es posible cambiarlo.

Ley de identidad de género: Caso argentino

La transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, requiere una adecuada respuesta legislativa para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificados con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscriptas.

Al respecto, deben mencionarse las diversas resoluciones de la Asamblea General sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (Resolución 2435, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, ratificada en 2009 y 2010; Resolución 2504, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009; Resolución 2600, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010) que reconocen y condenan la grave situación de violaciones de derechos humanos que enfrentan las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género.

En la República Argentina esta cuestión se encuentra regulada mediante una reciente ley que fija los diversos requisitos para que las personas que se encuentran en esta situación puedan acceder al cambio de inscripción cuando este registro no se corresponda con su verdadera identidad de género.

Se trata de la reciente ley No. 26.743 "Ley de Identidad de Género para personas trans"[28] que establece que toda persona tiene derecho "al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada".

Con su entrada en vigor en la República Argentina ahora toda persona "podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida".[29]

---

y las de las Partidas de Alfonso X El Sabio no prohibieron los cambios de apellidos momentáneos y por mera diversión, pero castigaron severamente a los que cambiaban apellido maliciosamente (…) las legislaciones de diversos países disponen que no se alteren los apellidos a que cada familia corresponden por el tronco del que descienden. En Francia no se permitía el cambio de apellidos sin real licencia antes de la Revolución Francesa de 1789; pero desde esa fecha se permitió a esta innovación que se ordeno que nadie pudiera llevar otro nombre ni apellido que los expresados en el acta de nacimiento y que volviesen a sus antiguos apellidos los que los hubiesen variado; se dispuso que las personas que desearan cambiar de apellido acudieran al Gobierno y se señalo la pena de seis meses de prisión a los contraventores de la disposición legal y una multa equivalente a la cuarta parte de las rentas que tuvieren. De esta manera quedó establecido el principio de la inmutabilidad del apellido(…) El principio de la inmutabilidad del apellido se encuentra hoy en día con una realidad sociopolítica diferente. Para prohibir el cambio voluntario del nombre, ello entraría en coincidencia con el principio mas genérico de la indisponibilidad del estado de las personas del cual el apellido es un elemento". (*Cfr*. Ochoa, Oscar E., *Personas. Derecho Civil I, op. cit*., páginas 247-248).

28 Ley No. 26.743 Ley de Identidad de Género para personas trans, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada de hecho el 23 de mayo de 2012 y publicada en el B.O. del 24 de junio de 2012.

29 Ley No. 26.743, artículo 3. Asimismo, los menores de 18 años lo deben hacer a través de sus representantes legales, teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, la Convención sobre Derechos del Niño y ley 26.061 sobre protección integral de niños niñas y adolescentes (artículo 5).
Esta ley de Identidad de Genero junto con la ley No. 26.618 de matrimonio igualitario (sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada de hecho el 21 de julio de 2010), las cuales pueden ser consideradas como el inicio de un proceso de desintegración del paradigma binario sexo genérico, entendiendo al derecho como una herramienta de cambio tendiente a la inclusión.

IV. Elementos

1. Nombre patronímico, nombre de familia o apellido. Nombre individual, prenombre o nombre de pila

El derecho moderno distingue, por un lado, el nombre patronímico, nombre de familia o apellido, calificativo común a todos los miembros pertenecientes a una misma familia, que indica no tanto al individuo sino al grupo al que pertenece y puede adquirirse de forma originaria o derivada.[30]

Por otro lado, el nombre individual, prenombre o nombre de pila que es una calificación especial del individuo que sirve para distinguir entre los diferentes miembros de una familia. Es el nombre con el que se individualiza a una persona luego de su nacimiento y que se adquiere con su inscripción en el registro correspondiente. De esta forma, la expresión "nombre" sin otro aditamento significa la palabra exterior que individualiza a cada individuo y sirve para distinguirlo de las demás personas en la vida social.[31]

2. El sobrenombre

El *sobrenombre o apodo* es el nombre que suele darse a una persona, tomado de alguna circunstancia en particular.

No forma parte de la designación legal de la persona y, por lo tanto, carece de valor jurídico.

3. El seudónimo

El seudónimo es un nombre supuesto que la persona se da a sí misma para ocultar al público su verdadero nombre. Se adquiere por voluntad deliberada de la persona sin que sea necesario exigirle ni notoriedad ni difusión para considerarlo digno de protección. De todos modos ninguna persona o autoridad puede imponerle a una persona una designación distinta de su nombre civil.

El uso del seudónimo es como una especie de cambio de nombre pero sin serlo en términos jurídicos. *Su uso no extingue el uso del nombre civil* (prenombre y patronímico), el que subsiste con plena validez y vigencia y se usa en todos los actos en los que su indicación sea indispensable, aun cuando el seudónimo de una persona hubiese alcanzado una notoriedad y una difusión mayores que el nombre civil. Mientras que en la formación y elección de éste último el individuo no ha tenido participación, el seudónimo es un nombre distinto, elegido, ideado y luego adoptado y usado por la sola voluntad de quien va a emplearlo.[32]

---

[30] "Es originaria cuando se vincula a la filiación del individuo. Es derivada cuando tiene lugar por el cambio de estado del mismo", (*Cfr*. Llambias, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas, Vigésima Edición, Ed. Lexis Nexis, 2003).

[31] "Complemento necesario a todo, pero menos útil que el patronímico, es el prenombre. Como el no posee la importancia del nombre de familia, no tiene más que una utilidad subsidiaria. El patronímico o nombre de familia es la denominación más importante de la persona. En el lenguaje corriente y en las condiciones habituales de la vida, él es suficiente para identificar al individuo. Este interés no sólo existe en las relaciones particulares entre sí, sino también frente a los poderes públicos para individualizar a los ciudadanos sometidos a sus órdenes y para beneficiarlos con su protección. En otros términos, él existe no solamente en el interés particular de su dueño, sino también en interés general de la sociedad. característica jurídica del prenombre es no es más que una denominación accesoria y complemento del patronímico (…)", (*Cfr*. Larrain Ríos, Hernán, *Lecciones de derecho civil. Del derecho y sus clasificaciones. Teoría de la ley. Teoría de los derechos subjetivos. De las personas y de los atributos de la personalidad. Teoría de los actos jurídicos. Nulidad y rescisión. Teoría de la prueba*, Colección manuales jurídicos, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1994, páginas 182-183).

[32] No se consideran seudónimos los signos, dibujos o gráficos sueltos, ya que un nombre o seudónimo es una composición de letras que forman un conjunto y no letras o signos individuales. Las firmas de obras con esos signos individualizados son firmas anónimas que evitan la identificación del autor. (*Cfr*. Ochoa, Oscar E., Personas. *Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006, páginas 256-257).

Sólo las personas individuales o físicas pueden tener seudónimos; no así las personas jurídicas o morales, aún cuando puedan cambiar su nombre o denominación comercial ya que no pueden nunca identificarse con una denominación distinta de la que aparece en su instrumento constitutivo o estatuto social.[33]

El objetivo o razón de ser del seudónimo es variado. En ciertas ocasiones es el deseo de remplazar el nombre civil por otro de mejor sonoridad o bien evadir nombres vulgares o que se presten al ridículo, para reservar la identidad personal para la vida privada; otras veces se trata de evitar inconvenientes particulares o generales que podrían "temerse" a partir de la publicación de ciertos trabajos bajo el verdadero nombre de su autor.[34]

En definitiva, el origen del seudónimo se encuentra en la voluntad unilateral del individuo de adquirirlo.

V. Acciones de protección del nombre

Del nombre surgen derechos y obligaciones tanto para el individuo como para terceros y la sociedad en general que se relacionan entre sí (en función de la cuestión de si se tiene derecho al nombre y, correlativamente, si el Estado tiene deber de protegerlo).

El derecho del individuo de usar su nombre así como de reclamar o defenderlo es admitido universalmente aún en los países que no tienen una legislación expresa sobre la materia.

En la protección y defensa del nombre no influye la posición doctrinaria que se adopte respecto de sus caracteres, naturaleza e importancia jurídica. La protección es común a todas y cada una de las teorías.

El no cumplimiento por parte de las autoridades estatales de la obligación de respetar y garantizar el derecho humano al nombre[35] puede habilitar, una vez agotados los recursos internos, instancias

[33] "La denominación comercial, elegida por los miembros o integrantes de la persona jurídica, si bien es un medio de identificación, no es nombre civil de un individuo. El nombre de una persona jurídica (…) es una denominación comercial, un título colectivo para actividades conjuntas de un grupo de personas individuales, y que no produce en el ámbito civil los mismos efectos que el nombre civil"., (Ochoa, Oscar E., *Personas. Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006, página 256).

[34] Ochoa, Oscar E., Personas. *Derecho Civil* I, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006, páginas 257/258.
Por otro lado se sostuvo que, "[E]l prefijo seudo (hasta no hace mucho, escrito en castellano pseudos, como en griego) significa falso. Por tanto, el seudónimo es, sencillamente, un nombre falso, distinto al verdadero, utilizado normalmente por los autores literarios en tiempos de censura o de falta de libertades. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, las distintas acepciones del término se encuentran todas ellas referidas, todavía a los autores literarios en sentido estricto. Sin embargo, desde hace poco tiempo, la utilización del seudónimo es una práctica que se ha ido extendiendo a otros grupos de personas más amplios (o colectivos, se dice hoy) que, por tener relevancia pública, desean una de dos: reservar su identidad personal para su vida privada; o acudir a una identificación personal más llamativa que la verdadera. Así, autores literarios aparte, recurren igualmente al seudónimo un sinnúmero de creadores en sentido amplio: cantantes, actrices y actores, decoradores, peluqueros (…) Siendo así, parece natural que si la individualidad de la persona acaba identificándose con el seudónimo, este merezca ser protegido jurídicamente en alguna medida, para evitar homonimias innecesarias y situaciones abusivas. Dicha protección consiste, según la mayoría, en equiparar el seudónimo al nombre; afirmación a mi juicio excesiva, aunque fuera por un solo dato (pero incontestable): cualquiera puede exigir de los demás que le llamen por su nombre pero no por su seudónimo. Por lo demás, no cabe duda de que el seudónimo no es, en modo alguno, un derecho de la personalidad; mucho menos un derecho fundamental. Es sencillamente una situación fáctica que merece ser protegida frente a situaciones abusivas de terceros que pretendan sacar provecho o beneficio del seudónimo consolidado por cualquier persona, en aplicación del principio general de exclusión del enriquecimiento injusto (…)", (Lasarte, Carlos, *Compendio de Derecho Civil: Trabajo Social y Relaciones Laborales,* 2a. Edición, revisada y actualizada, Ed. Dukinson, Madrid, 2005, páginas 24 y 25).

[35] El Estado tiene la obligación de organizar y tutelar el ejercicio del este derecho, de acuerdo con los intereses de los individuos y las necesidades sociales. En tal virtud, al Estado le corresponde:" 1°. la creación y mantenimiento de un Registro de Estado Civil de manera de suplir, mediante documento público, la del nombre y estado civil de los individuos, personas naturales (…), 2°. La fijación de normas sobre cambio de nombres y su aplicación, 3°. El sistema de identificación a cargo de las autoridades públicas, 4°. Los Registros de Propiedad Intelectual que aseguren a los autores

supranacionales de protección en las que el Estado resulte pasible de responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados que han sido aprobados y ratificados previamente;[36] esto es, por falta de adecuación de su legislación interna o de sus prácticas al artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se comenta en este capítulo.

VI. No suspensión del derecho al nombre

La CADH establece en el artículo 27 que:

> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
>
> 2. La disposición precedente *no autoriza la suspensión de* los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); *18 (Derecho al Nombre);* 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (…)[37]

---

de una obra literaria, científica o artística los derechos sobre la misma, 5°. Los Registros de propiedad inmobiliaria; 6°. Los registros de propiedad industrial para proteger los derechos de propiedad de marcas comerciales en general y de patentes ,7°. Finalmente, al Estado le incumbe la tutela judicial de todos los derechos y acciones resultantes del derecho al nombre (…)", (*Cfr*. Ochoa, Oscar E., *Personas. Derecho Civil I,* Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas, 2006, páginas 251-252).

[36] "Los derechos humanos son consagrados en normas internacionales ya que este es el lenguaje de los Estados en sus mutuas relaciones. Declaraciones y tratados de derechos humanos así como otro tipo de normas –reglas mínimas, principios básicos, soft law, entre otras— establecen contenidos mínimos, alcances consensuados de los derechos protegidos. Así, los Estados asumen el compromiso de respetar los derechos humanos de los individuos y de garantizar su goce y ejercicio a todas las personas bajo su jurisdicción, esto es, consagrar los derechos humanos como pauta cultural y prevenir las violaciones. Cuando ello no se logra, deben investigar las violaciones, procesar a los responsables y juzgarlos y sancionarlos conforme a derecho así como también reparar a las victimas. Asimismo, deben adoptar todas las medidas necesarias para lograr lo anterior. De este modo, cuando esos niveles no son respetados, el Estado incurre en responsabilidad internacional"., (*Cfr*. Pinto, Mónica, *Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,* en Revista Jurídica de Buenos Aires. Derechos Humanos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2007, página 11).

[37] Destacado agregado. Esta disposición de la Convención Americana como el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refieren a la facultad de los Estados de suspender algunas de sus obligaciones en materia de derechos humanos. De esta forma, las medidas tomadas por los Estados para hacer frente a las graves crisis que puedan eventualmente surgir, por excepcionales que sean, son –o deben ser— herramientas para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos y el Estado de derecho y no instrumentos para suprimir, ni pretextos para sacrificar estos principios. *Cfr*. O' Donnell, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004. Con relación a la expresión "suspensión de garantías", la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 8 sostuvo que: "El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es "Suspensión de Garantías"; el párr. primero habla de "suspend(er) las obligaciones contraídas" ; el párr. segundo de "suspensión de los derechos"; y el párr. tercero de "derecho de suspensión". Cuando la palabra "garantías" se utiliza en el párr. segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables". Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías " en sentido absoluto, ni de la " suspensión de los derechos " ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo *ejercicio (…)", (Cfr.* Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva No. 8 OC-8/87. Serie A No. 8, del 30 de enero de 1987, párr. 18). Para un análisis exhaustivo del artículo 27 de la Convención Americana (Suspensión de las garantías), remito al

De la lectura de la norma transcripta queda en claro que el derecho al nombre es un derecho fundamental de aquellos cuya vigencia no puede, en ningún caso, suspenderse.

Junto con el derecho al nombre, la CADH no autoriza la suspensión de las obligaciones asumidas respecto del derecho a la protección familiar, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y los derechos del niño.

De esta forma y de acuerdo con lo señalado por la Comisión Interamericana, "La Convención es el único instrumento internacional vinculante de derechos humanos que prohíbe la suspensión de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes".[38]

Por ello, la Convención Americana se diferencia del PIDCP que también habilita a los Estados en situaciones excepcionales a suspender determinadas obligaciones pero no hace expresa mención al derecho al nombre.[39]

VII. Relación con otros derechos

1. Derecho del niño al nombre, derecho a la identidad y derecho a la dignidad humana

El PIDCP sostiene en su artículo 24.2 que:

> 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre (…)

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en el artículo 7.1 que:

> 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (…)

Además, el artículo 8 de la citada Convención establece que:

> 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
>
> 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.[40]

El derecho al nombre del niño se encuentra tutelado, en general, conjuntamente con el derecho a la nacionalidad y con las relaciones y derechos familiares, como un elemento que determina la identidad de una persona y está asociado con los derechos a la intimidad y a la personalidad jurídica.[41]

---

comentario de dicho artículo a cargo de Gabriela Rodríguez el cual forma parte de esta obra.

[38] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ya cit., párr. 49. O' Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004, página 979-980.

[39] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.

[40] De esta forma, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, además, el derecho del niño a preservar su identidad, incluido el nombre. Esto adquiere importancia en ciertas situaciones, por ejemplo, en casos de adopción, en la medida en que el niño puede ver alterado algún aspecto de su personalidad como consecuencia del cambio de situación jurídico-familiar. El derecho a la identidad está reconocido en forma expresa únicamente por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. "En el curso de los debates sobre el proyecto del artículo 8 quedó establecido que el principio ahí contenido tiene implicancias en otras áreas, entre ellas, la adopción, el tráfico de niños y la procreación por medio de inseminación artificial y técnicas análogas"., (*Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1a.Edición, 1988, 2a., Edición 1989, página 334).

[41] En este sentido, "[n]adie pretende que la identificación de una persona se agote a través de un solo y único medio, como

El derecho a la identidad es un derecho humano, fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad. Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación y, por consiguiente, el Estado está obligado a garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. Del derecho a la identidad personal se destaca una característica propia de los derechos humanos, esta es, su interdependencia: el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, especialmente de los derechos políticos.

Esta interrelación se advierte en la jurisprudencia de la Corte IDH. En este sentido, el máximo tribunal regional, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, sostuvo que:

> (…) el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.[42]

Algo similar ocurre con el *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* donde la Corte IDH señala que, si bien el derecho a la identidad no se encuentra expresamente previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "su contenido material se desprende, en las circunstancias del caso concreto, sobre todo de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (*derecho a la protección de la familia*) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) de ésta".[43]

---

podría ser el nombre, sino que ella es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos que, globalmente considerados, nos conducen a la determinación de la identidad personal (…)", (*Cfr*. Fernandez Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pàgina131).

[42] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122.
En similar sentido, la Corte IDH sostuvo en el *Caso Fornerón vs. Argentina* que: "(…) la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que "[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" (…) La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez (…)", (*Cfr*. Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 123). Así, "la identidad supone no sólo los atributos biológicos sino todo lo referido a la personalidad que ha conformado el sujeto y que permiten su identificación en la sociedad en que se desenvuelve"., (*Cfr*. Ghersi, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona humana*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, página 142).

[43] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120 del voto en disidencia del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 20. Destacado agregado. En este sentido, "Debido a los hechos particulares de este caso, la consecuencia lógica y necesaria de esa violación es la de vulnerar el derecho a la identidad de Ernestina y Erlinda y de sus familiares, porque sin familia y sin nombre no hay identidad. Es claro que el derecho a la identidad como tal no está recogido expresamente por la Convención Americana. Sin embargo, es importante señalar que, *en mi opinión, este derecho sí se encuentra protegido en dicho tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de otros derechos consagrados en el mismo, y en este caso en particular, a través del análisis de los artículos 17, 18 y 19 de la Convención*"., (Ibidem, del voto en disidencia del Juez Manuel Ventura Robles, párr. 5, énfasis añadido). Asimismo, se sostuvo que: "En cuanto al artículo 18 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, la Comisión señaló que: a) tal como lo indicara la Comisión Internacional de Juristas, el derecho a la identidad, en particular tratándose de niños y de desaparición forzada, es un fenómeno jurídico complejo que adquirió relevancia con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia y por la doctrina tanto como un derecho autónomo, así como expresión de otros derechos o como un elemento constitutivo de éstos. El derecho a la identidad está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a mantener relaciones familiares. La supresión o modificación total o parcial del derecho del niño a preservar su identidad y los elementos que lo integran compromete la responsabilidad del Estado;(…)", (Ibidem, párr. 117) En similar sentido, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH sostuvo que: "Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el

En este sentido, la Corte IDH en el mismo caso sostuvo que:

> (...) toda persona tiene derecho a la identidad, el cual constituye un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única. La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden del concepto estrictamente biológico, y que corresponde a la "verdad personal" y biográfica del ser humano. Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la "verdad biológica", el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de un persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad.[44]

El citado tribunal regional en el *Caso Contreras vs. El Salvador*, sostuvo que:

> (…) *la afectación del derecho a la identidad* en las circunstancias del presente caso ha implicado un fenómeno jurídico complejo que abarca una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares, que *se traducen en* actos de injerencia en la vida privada, así como *afectaciones al derecho al nombre* y a las relaciones familiares".[45]

Por su parte, la Comisión IDH sostuvo que:

> (…) sobre la base del reconocimiento de los avances que se han alcanzado en el sistema hasta la actualidad, es preciso afirmar que el escenario actual de evolución del sistema regional en materia de niñez, permite enunciar que se está frente a una tercera etapa de desarrollo del sistema regional en esta materia, la cual tiene como principal desafío la consagración de una visión integral de la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que permita el establecimiento de estándares interamericanos sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que aún no han sido tratados en su especificidad por los órganos del sistema, como por ejemplo temas relacionados a la protección de la identidad, adopción, el derecho a no ser separado de sus padres, el deber del Estado para proteger los derechos de los niños cuando actores privados están presentes, entre otros (…)[46]

De esta forma, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, la identidad comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra y, entre estos elementos distintivos, se encuentran el derecho a un nombre y la identificación a través de un documento de identidad mediante el cual se reconoce a la persona como integrante de una sociedad.

En conclusión, el derecho al nombre es uno de los componentes del derecho a la identidad y permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, de ahí la íntima relación que tiene con varios de ellos.

---

derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia (…)", (*Cfr*. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 122).

[44] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, del voto en disidencia del juez Manuel Ventura Robles. Serie C No. 120.

[45] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 114. Destacado agregado. En similar sentido, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221,. párr. 120.

[46] *Cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, *op. cit.*, párr. 61.

Inscripción del nacimiento

Todo niño, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho a ser inscripto oficialmente y, asimismo, tiene derecho a adquirir una nacionalidad.[47]

Sobre el tema el Comité de Derechos Humanos sostuvo que:

> La obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento tiende principalmente a reducir el peligro de que sean objeto de comercio, rapto u otros tratos incompatibles con el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. En los informes de los Estados Partes deberían indicarse en detalle las medidas adoptadas para garantizar la inscripción inmediata de los niños nacidos en su territorio (…)[48]

En particular respecto de la cuestión de la inscripción tardía, la Corte IDH tuvo oportunidad de expedirse en el *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.*[49] En esta oportunidad, la Corte IDH sostuvo que:

> Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, *sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.*[50]

Además, la Corte IDH estimó en el mismo fallo que,

---

[47] Sobre derecho a la nacionalidad, remito al comentario del artículo 20 a cargo de Mary Beloff, el cual forma parte de esta obra.

[48] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 17, Artículo 24 (1989), párr. 7.

[49] Las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, nacieron en la República Dominicana, hijas de madres dominicanas y de ascendencia haitiana por parte de sus padres. Ambas niñas forman parte de un grupo vulnerable en la República Dominicana, donde la mayoría de dominicanos de ascendencia haitiana viven en condiciones precarias y de extrema pobreza. El 5 de marzo de 1997, cuando las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico tenían 10 meses y 12 años de edad, sus familiares solicitaron su inscripción en el registro tardío de nacimiento. Este registro se caracteriza por ser utilizado, en su mayoría, por haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana para declarar a sus hijos nacidos en este país. Para hacer efectiva esta inscripción tardía de nacimiento deben reunirse diversos requisitos tanto para los niños menores de 13 años de edad cuanto para los niños mayores de esa edad. El organismo encargado de los registros de nacimiento señaló que no era posible registrar a las niñas ya que los solicitantes no contaban con todos los requisitos necesarios para llevar a cabo el procedimiento. En definitiva, los peticionarios alegaron que el Estado les denegó el registro tardío de las niñas fundándose en el incumplimiento de requisitos que no eran exigibles a los niños menores de 13 años de edad y que fueron aplicados a las niñas (pese a que al momento de la solicitud Dilcia contaba con 10 meses de edad y, Violeta tenía 12 años de edad). Esta situación las expuso a una situación de peligro inminente de ser expulsadas arbitrariamente de su país natal durante varios años debido a que no poseían documento alguno que acreditara su nacionalidad dominicana. Por otra parte, Violeta no pudo asistir al colegio por carecer de acta de nacimiento. Un análisis exhaustivo de esta sentencia y sus consecuencias en, Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, Les grandes decisions de la Cour Interamericaine des Droits de l'homme, Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas expresó su preocupación "por la discriminación de los niños de origen haitiano nacidos en el territorio [de la República Dominicana] o hijos de familias haitianas migrantes, en especial [por] su limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud, y observ[ó], en particular, la falta de medidas específicas para resolver este problema". (Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párrs. 22) En esta oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos analizó la presunta violación de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto a la protección los siguientes derechos: reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), a la integridad personal (artículo 5), protección a la familia (artículo 17), al nombre (artículo 18), los derechos del niño (artículo 19), a la propiedad privada (artículo 21), a la libertad a la circulación y residencia (artículo 22) y, a la participación política (artículo 23).

[50] Corte IDH. *Caso de las "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", op. cit.,* párr. 183. Destacado agregado.

> (…) la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.[51]

Finalmente, determinó en dicha sentencia que:

> (…) los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. *El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado* (…)[52]

Por otro lado, el citado tribunal en el *Caso Contreras vs. El Salvador* entendió que el Estado era responsable por haber violado el artículo 18 de la Convención Americana –en relación con el 1.1 del mismo instrumento internacional–, al sostener que:

> (…) el Tribunal dio por probado que las personas que se apropiaron de Gregoria Herminia Contreras a la edad de 4 años la registraron bajo datos falsos el 16 de mayo de 1988 alterando, entre otros aspectos, parte del nombre y el apellido que le habían dado sus padres biológicos, datos con los cuales ha vivido desde entonces. Su *cambio de nombre y apellido, como medio para suprimir su identidad*, aún se mantiene pues el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para realizar las modificaciones pertinentes en su registro y documento de identificación, *incluyendo no sólo el nombre y el apellido*, sino también la fecha, el lugar de nacimiento y los datos de sus padres biológicos (…)[53]

En cuanto al registro de nacimiento, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que,

> Los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento. El Comité observa que el registro de todos los niños al nacer continúa siendo un reto de primera magnitud para muchos países y regiones. Ello puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos. Como primera medida para garantizar a todos los niños el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (art. 6), el Comité recomienda que los Estados Partes adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos al nacer en el registro civil. Ello puede lograrse mediante un sistema de registro universal y bien gestionado que sea accesible a todos y gratuito. Un sistema efectivo debe ser flexible y responder a las circunstancias de las familias, por ejemplo estableciendo unidades de registro móviles cuando sea necesario. El Comité observa que los niños enfermos o discapacitados cuentan con menos probabilidades de ser registrados en algunas regiones y hace hincapié en que todos los niños deben ser inscritos al nacer, sin discriminación de ningún tipo (art. 2). El Comité también recuerda a los Estados Partes la importancia de facilitar la inscripción tardía de los nacimientos, y de velar por que todos los niños, incluso los no inscritos, tengan el mismo acceso a la atención de la salud, la educación y otros servicios sociales.[54]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que:

> En los informes de los Estados Partes deberían indicarse en detalle las medidas adoptadas para

---

[51] *Ibidem*, párr. 179.

[52] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *op cit.*, párr. 184. Destacado agregado En similar sentido, Corte IDH, Serie C No. 211, Corte IDH. *Caso de la"Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 221.

[53] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 111. Destacado agregado.

[54] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), párr. 25.

garantizar la inscripción inmediata de los niños nacidos en su territorio.[55]

Es indiscutible que la indocumentación (no sólo en el supuesto de niños, sino también de adultos) coloca a la persona en una situación de desventaja, discriminación y marginalidad económico-social.

Especialmente en el caso de niños, ésta acrecienta el riesgo de vulneración de derechos básicos y los expone a situaciones de abuso y explotación.[56]

La obligación de inscripción corresponde a los padres del niño; sin embargo, en la medida en que los padres no cumplan con sus deberes, las autoridades tienen el derecho y el deber de intervenir para proteger esos derechos.[57]

Por otro lado, la inscripción permite a los Estados gobernar adecuadamente al conocer las tasas de natalidad, mortalidad y otros indicadores demográficos para poder, en consecuencia, planificar las políticas públicas y sociales.

2. Derecho al nombre y a la filiación

La CADH en el artículo 17.5 señala que:

> (…) La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.[58]

Por su parte, la DUDH en el artículo 2 establece que:

> Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (…)

Además, el PIDESC señala en el artículo 10.3 que:

> Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social (…)

Como se indicó, el apellido es el nombre que corresponde a los miembros que pertenecen a una familia.[59]

---

55 *Cfr*. Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 17, ya cit., párr. 7.

56 La Comisión IDH expresó su preocupación por la situación de las “niñas invisibles” o “niñas en circunstancias especialmente difíciles” por ser un grupo específico que requiere atención especial para la protección de sus derechos humanos. Esta temática también ha sido evaluada a través de casos individuales, *Cfr*. Comisión IDH, La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ya cit., párr. 69. Al respecto, Comsión IDH, Informes relativos a casos individuales: Caso 10.506 X e Y, Argentina; Caso 11.565 Ana, Beatriz y Celia González, México; Informe Nº 53/01, 4 de abril de 2001; Caso 12.046 Mónica Carabantes Galleguillos, Chile; Informe Nº 32/02 solución amistosa de 12 de marzo de 2002.

57 O’ Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004, página 809. En este sentido, “La primera obligación del Estado es respetar a los padres en el cumplimiento de estas responsabilidades. (…) En lo posible, la intervención consistirá en dar a los padres la orientación y el apoyo necesarios para superar los problemas que afectan la forma como cumplen estos deberes” (*Cfr*. O’ Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, *op. cit.*, página 809).

58 La Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede, del 22 de octubre de 1983, en el artículo 4 apartado e) señala: “Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, gozan del mismo derecho a la protección social para su desarrollo personal integral”.

59 Como se señaló, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 obliga a los Estados a reconocer a la mujer casada el mismo derecho que el hombre a elegir el apellido (artículo 16, inc. g). Tanto el propio como el de los hijos. De ahí que, según parte de la doctrina, no permitir a la mujer que transmita su apellido a su prole, y aun imponer a los hijos el apellido paterno en primer lugar como ocurre en algunos países, constituiría una violación de la Convención que no puede justificarse por la existencia de una larga tradición histórica de atribución de apellidos según esta regla, ni se subsana por la posibilidad de que el hijo altere su orden una vez alcanzada la mayoría

En este sentido, es evidente su vinculación con la filiación.

La filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado. Esta se obtiene a través del reconocimiento de la paternidad o maternidad del niño.[60]

En este sentido y como expresión de la íntima relación con el derecho al nombre y a la protección familiar, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 17 señaló que:

> (…) El establecimiento del derecho al nombre reviste especial importancia con respecto a los hijos extramatrimoniales.[61]

Los cambios en la legislación civil relacionados con la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio han generado nuevas reglas administrativas en relación con las inscripciones o modificaciones de éstas de los hijos de parejas del mismo sexo. En este sentido, la experiencia argentina es pionera en América Latina. En primer lugar con la sanción de la ley No. 26.618 de Matrimonio Civil[62] y, recientemente, con el decreto presidencial (DNU 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley No. 26.618[63]). Este decreto permite que niños que integran familias co-maternales nacidos antes de la nueva Ley de Matrimonio Igualitario gocen de los mismos derechos que los niños nacidos tras la promulgación de la norma en 2010, al recibir nuevas partidas de nacimiento donde figura el nombre de sus dos mamás.[64]

VIII. Conclusión

El derecho al nombre es un derecho fundamental de toda persona y constituye la forma de identificación del individuo. Está compuesto por un nombre patronímico, nombre de familia o apellido y por un nombre individual, prenombre o nombre de pila.

Es un derecho autónomo no obstante su vinculación con otros derechos, sobre todo con el derecho a la identidad. El nombre *se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos,* así como por derivación de otros derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar y a la reputación.

Al ser considerado un derecho fundamental, *no es pasible de suspensión,* aún en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

de edad. Sólo una legislación se ha dicho que permitiera a los progenitores optar por cualquiera o por ambos apellidos, así como por su orden, y que a falta de opción estableciera un criterio legal no discriminatorio contra la mujer, como el alfabético, sería compatible con los preceptos de la Convención.

60 El reconocimiento puede hacerse antes del nacimiento del niño o niña, al momento de la inscripción o posterior a dicha inscripción. A partir de este momento, se asignan al padre determinados deberes y obligaciones en su condición de tal.

61 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, Artículo 24 (1989), párr. 7.

62 Ley Argentina No. 26.618 de Matrimonio Civil, sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010 y publicada en el B.O. del 22 de julio de 2010.

63 Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley No. 26.618, Buenos Aires, 2 de julio de 2012.

64 Este decreto 1006/2012 encuentra fundamento en la función del Estado de asegurar al niño la protección necesaria para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes que deben asumir sus padres como responsables de él ante la ley y en la urgencia por evitar las excesivas demoras que padecen los niños para acceder a su completa inscripción, con todos los perjuicios que tal circunstancia les acarrea y la restricción al ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos.

Artículo 19. Derechos del niño*

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de reparaciones y costas. Sentencia del 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Excepciones preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 77.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones .Sentencia de 26 de mayo de 2001.

Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaurivs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bell" vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Contreras y Otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile"* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Corte IDH. Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM. Medidas Provisionales respecto de Brasil.

* Virginia Deymonnaz fue una eficaz colaboradora en la actualización bibliográfica y jurisprudencial de este comentario así como en lograr una edición compatible con los requerimientos de esta obra colectiva.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (Estados Unidos)

Caso *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

Caso *Graham vs. Florida*, USSC, *Certiorari to the District Court of Appeal of Florida*, 1st District, n° 08–7412, argumentada el 9 de noviembre de 2009 y decidida el 17 de mayo de 2010.

Caso *Miller vs. Alabama*, USSC, *Certiorari to the Court of Criminal Appeals of Alabama* n° 10–9646, argumentado el 20 de marzo de 2012 y resuelto el 25 de junio de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, Informe Nº 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, del 10 de marzo de 1999.

Comité de los Derechos Humanos

Comité de los Derechos Humanos, Observación General Nro. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

Comité de los Derechos del Niño

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 1 (2001), Propósitos de la Educación (párrafo 1 del artículo 23), CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 2 (2002), El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño 32° periodo de sesiones 13 a 31 de enero de 2003, CR/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño, 32º período de sesiones, 13 a 31 de enero de 2003, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 33º período de sesiones, 19 de mayo a 6 de junio de 2003, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39º período de sesiones, 17 demayo a 3 de junio de 2005, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7, 20 de septiembre de 2006.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42º período de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006, CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 9 (2007), Los derechos de los niños con discapacidad, 43º período de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, 44ª período de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 50° período de sesions, Ginebra, 12 a 30 de enero de 2009, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 13 (2011), Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 324:975.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 325:1549.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 330:3853.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, "Martínez, Marcela María de Luján y otro s/guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. - cuad. de apelación de medida cautelar", M. 14. XLIII; REX; 04-09-2007.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 328:2870.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 328:4343.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 331:941.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 331:2691.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 331:2720.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos* 334:725.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, No. 20950/92, Caso Probstmeier Vs. Alemania, Sentencia de 1 de julio de 1997.

TEDH, No. 2844/05, Caso Samardzic y AD Plastika Vs. Servia, Sentencia de 17 de julio de 2007.

Artículos y publicaciones académicos

ALSTON, Philip. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

BELOFF, Mary. *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina.* En: BOVINO, Alberto, COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor (comps.*), La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005,* Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006

BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BELOFF, Mary, DEYMONNAZ, Virginia, FREEDMAN, Diego, HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano. *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

BREEN, Claire. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002

COLLINS, Tara, GRONDIN, Rachel, PIÑERO, Verónica, PRATTE, Marie, ROBERGE, Marie (coord.). *Derechos del Niño*, Eudeba, Buenos Aires, julio de 2010.

GARZÓN VALDEZ. Ernesto. *"Desde la modesta propuesta" de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños*, Revista "Doxa", Cuadernos de Filosofía del Derechos, Nro. 15-16, Vol II, 1994.

O' DONNELL, Daniel. *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido Infancia,* Boletín del Instituto Interamericano de Derecho del Niño, Nº 230. Tomo 63, disponible en:
www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf.

O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004.

RIVERA HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

Índice

I. Introducción

El artículo19 de la CADH establece que:

> Todo niño tiene derecho a las *medidas de protección* que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.[1]

Puede considerarse antecedente de este artículo la regla del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[2] (en adelante, Declaración Americana) de 1948 que establece:

> Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.
>
> Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta en este análisis la regla establecida en el artículo XVI del Protocolo de San Salvador[3] que estipula:

> Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

En el sistema universal se encuentra una regla similar en el artículo 24 del PIDCP,[4] que establece que:

> 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

[1] Destacado agregado.

[2] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Colombia (Bogotá) en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

[3] Protocolo de San Salvador, suscripto por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

[4] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Con la regla del artículo 19, la Convención Americana reconoce el principio de protección especial a la niñez vigente en el derecho internacional público prácticamente desde sus orígenes[5] y lo consagra normativamente de modo amplio, con lo que queda reservado a la jurisprudencia el fijar sus alcances en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Por ello, para el análisis aquí propuesto es fundamental tener presente que la Corte IDH, en la primera oportunidad en la que interpretó el artículo en cuestión, entendió que *tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuanto la Convención sobre Derechos del Niño*, así como el Protocolo de San Salvador, *forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de derechos humanos de los niños.*[6]

Por su parte, con relación a los derechos de los niños[7] y la correlativa obligación de los Estados, ya la Comisión IDH había entendido que:

> (…) Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia.[8]

---

[5] La condición social y jurídica de los niños ha sido por largo tiempo un asunto considerado del mayor interés por parte de la comunidad internacional, como prueba de esto de los seis Convenios aprobados durante la Primer Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1919, dos de ellos se referían a las edades mínimas para distintos tipos de empleo y un tercero trtaba sobre la protección de la maternidad. Entre el comienza del siglo XX y mediados de la década de los ochenta diferentes organizaciones adoptaron entre sesenta y nueve (Interights, 1986) y cuarenta (Philip Veerman, 1991) –las diferencias abodecen al método empleado- declaraciones y convenciones que tratan exclusivamente sobre niños. Así, la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de las Naciones en 1924, fue el primer instrumentos de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño, También aprobaron, a lo largo del siglo XX, junto con otras organizaciones internacionales o regionales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen la protección especial a la niñez en uno o varios artículos. Además de los que se mencionan más adelante en este comentario, pueden considerarse el Convenio 138 de la OITsobre la edad mínima para el empleo aprobado en 1973, y el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil así como la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, adoptada en 1974. Sin embargo, estos instrumentos no tienen fuerza vinculante, como sí ocurre en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, y el artículo 19 de la CADH, este último materia del presente comentario.

[6] "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana"., (*Cfr*. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. párr. 194). En similar sentido, Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, supra nota 94, párr. 107; y Corte IDH. *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 137.
En sentido similar, la Corte IDH había señalado que: "El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)", (*Cfr*. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie No. A 16 párr. 115).

[7] En aras de simplificar la redacción, se hará referencia sólo a la palabra "niños" al considerar que el término comprende a las tres categorías indicadas, tal como lo ha resuelto la Corte Interamericana: "[E]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes", (*Cfr*. Corte IDH, Opinión Consultiva Nro. 17/2002, *op cit.*, párr. 42).

[8] CIDH, Informe nº 41/99, caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, del 10 de marzo de 1999, párr. 72.

De esta forma, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 (cuyo contenido califica e influye sobre todos los derechos de la Convención Americana en tanto incrementa las obligaciones estatales al respecto por tratarse de niños), sino que incluyen, a los fines de su interpretación, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959,[9] la propia Convención sobre los Derechos del Niño[10] y sus dos Protocolos Facultativos (el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[11] y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados).[12]

Asimismo, conforme la jurisprudencia del máximo tribunal regional de derechos humanos, deben considerarse incluidos en el "amplio *corpus juris*" de protección jurídica de la infancia, en lo que se refiere específicamente a la justicia juvenil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing, de 1985),[13] las Reglas sobre Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990)[14] y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices de Riad, de 1990);[15] en lo relacionado con el género, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer[16] y la Convención de Belém do Pará;[17] y en lo que se refiere específicamente al derecho del niño a la familia, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda[18] y el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional,[19] además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.[20]

Complementariamente, este *corpus juris* no sólo está integrado por las referidas normas convencionales y de *soft law* enunciadas, sino también –a los fines de la interpretación–, por las decisiones adoptadas

---

9 Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924, y Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1959.

10 Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49), p. 167, ONU Doc. A/44/49. Aprobada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

11 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por Asamblea General, Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor el 18 de enero de 2002.

12 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado por Asamblea General, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.

13 Reglas de Beijing, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

14 Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

15 Directrices de RIAD, proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 y adoptadas el 14 de diciembre de 1990.

16 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

17 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

18 Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986.

19 Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptado por la Asamblea General el 29 de mayo de 1993.

20 El citado *corpus iuris* debe servir para definir el alcance y contenido de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de los niños y niñas (*Cfr*. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 194; Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay,* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 121; y Corte IDH. *Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.,* párr. 44).

por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato específico.[21]

En virtud de que muchos estándares en materia de protección jurídica de la niñez en la región se encuentran en proceso de construcción debido a su vaguedad e imprecisión (el interés superior del niño es un ejemplo emblemático de lo expuesto), el presente análisis plantea diversas cuestiones tendientes a introducir nuevos argumentos y enfoques jurídicos sobre la temática.

En ese sentido debe tenerse presente que a pesar de haber sido sancionado en 1969 junto con toda la Convención Americana, este artículo fue interpretado por la Corte IDH hace relativamente poco tiempo.

Conforme el máximo tribunal regional,

> (…) esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.[22]

El artículo en estudio define una esfera de protección de los derechos humanos de los niños que reconoce la existencia de *obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados.* La protección especial a la infancia se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital de los niños que determina su mayor vulnerabilidad, medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar con adultos.[23]

---

[21] Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 43, 44 y 45.
En el año 2011 —en el marco de la Sesión Nro. 17 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas— se adoptó el Protocolo Opcional –disponible a partir del año 2012, cuya entrada en vigor fue prevista a partir de la décima ratificación y sólo los Estados que lo ratifiquen estarán sujetos al contralor de la Comisión— destinado a crear un mecanismo de comunicaciones de las diferentes violaciones a los derechos de los niños tanto de particulares como de otros Estados. El citado Protocolo señala que el Comité de los Derechos del Niño será el órgano receptor de las comunicaciones que denuncien violaciones a los derechos humanos de los niños que deberán realizarse por escrito (las comunicaciones de posibles violaciones pueden ser hechas individualmente o en favor de un grupo de individuos afectados, no podrán ser anónimas y deberán estar debidamente fundadas y, además, debe probarse el agotamiento de los recursos locales; no obstante ello, se prevé una salvedad: "[e]sta no será la regla cuando la aplicación de los remedios sea irrazonablemente prolongada o imposible de causar efectivo alivio de la situación" –artículo 7—). El citado Comité carece de facultades para imponer sanciones a los Estados parte, pero puede recomendar a la Asamblea General que solicite al Secretario General de las Naciones Unidas la realización de estudios sobre cuestiones concretas. Hasta el momento, veintitrés países han firmado en citado Protocolo (Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Costa Rica, Finlandia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Maldivas, Malí, Marruecos, Montenegro, Perú, Portugal, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia , España y Uruguay, entre otros).

[22] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164 y; Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147; también en forma concordante, Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 133.
En palabras de la Corte IDH: "(…) vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (…)" Corte IDH. *Opinión consultiva OC 17/02, op. cit.*, del voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. En este sentido, "(…) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (…) Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado". (*Ibidem*, párrs. 93 y 98).

[23] "Los niños y niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto (…)", Corte IDH. *Fornerón e Hija vs. Argentina, op cit.*, párr. 45; en sentido similar, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.,* supra nota 49, párr. 121; y Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile.*

Por lo demás, este Tribunal también ha señalado, de manera sistemática, que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niñas, niños y adolescentes conforme lo prevé la CADH y otros instrumentos internacionales.[24]

En definitiva, en este comentario se procurará indagar si el artículo 19 de la CADH tiene un contenido en sí como derecho autónomo de los niños o bien si se trata de un derecho que modula todos los otros derechos de todas las personas al agregar un *plus* de protección por tratarse de niños, derecho que se corresponde con los mayores deberes de prestación y garantía que los Estados tienen respecto de la infancia.

II. Derechos del niño y deberes del Estado en el SIDH

Para comprender el alcance de los deberes estatales hacia los niños deben considerarse los artículos 1 y 2 de la CADH, con referencia a las obligaciones internacionales de los Estados respecto de la protección de los derechos humanos y con especial énfasis en el mencionado *corpus juris* de protección de derechos de la infancia vigente en la región.

En este sentido, el artículo 1 de la Convención Americana[25] establece la obligación de los Estados de respetar los derechos sin discriminación alguna; en tanto el artículo 2[26] regula el deber de los Estados de adoptar aquellas disposiciones de derecho interno que sean necesarias a fin de hacer efectivos los derechos y libertades.[27] Si bien la citada Convención hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación,[28] las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado por violaciones, al resultar éste en definitiva el origen mismo de la responsabilidad internacional del Estado.

De estas obligaciones generales derivan a su vez deberes especiales que se determinan en función de las particulares necesidades de protección del sujeto, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, tales como género, extrema pobreza, extranjería, edad, marginación, privación de libertad, entre otras.

En ese sentido, también en la primera sentencia en la que interpretó el artículo 19 de la Convención Americana, la Corte IDH estableció que

---

Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196).

[24] *Cfr*. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134. Véase también, Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit*., párr. 146; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit*., párr. 162; y Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100 párr. 133.

[25] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1 (Obligación de respetar los derechos): "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

[26] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno): "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

[27] Así, "[e]sta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva, conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales"., (Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 105).

[28] Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo y artículo 29.

> (…) numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional (…) hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.[29]

Al respecto, cabe señalar que el precedente *Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle)* permitió, por primera vez, que la Corte IDH se pronunciara sobre el contenido del artículo 19 de la Convención Americana. Si bien la Corte IDH intentó definir el contenido de las "medidas de protección", no logró hacerlo de forma precisa. Estableció al respecto que,

> (…) Entre ellas [las medidas de protección] merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.[30]

En relación con el deber general derivado del artículo 2 de la Convención Americana en un caso relacionado con niños privados de libertad bajo la custodia del Estado, el máximo Tribunal regional señaló que éste deber implica la adopción de medidas en dos órdenes diferentes. Por una parte, exige la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención Americana; y, por la otra, requiere la aprobación de leyes y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[31]

Por otro lado, de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH y como es sabido, la responsabilidad del Estado respecto de los derechos del niño no se limita a sus agentes sino que se extiende a actos de terceros particulares también, en principio no atribuibles al Estado. Si bien como regla general son los Estados Partes en la Convención Americana los que deben hacer respetar las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos consagrados respecto de toda persona, esas obligaciones del Estado se extienden más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, al tornarse una obligación positiva del Estado la de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos también en las relaciones inter-individuales y privadas, ámbitos en donde los derechos de los niños tienen una centralidad evidente.

Concretamente en un caso que involucraba a niños víctimas de delitos, la Corte IDH consideró que todo menoscabo a los derechos humanos es imputable al Estado si puede ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de modo de comprometer la responsabilidad del Estado en los términos previstos por la Convención Americana. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos (por comportamiento activo u omisivo), se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1 de la CADH.[32]

En el mismo caso emblemático en materia de derechos del niño en el sistema regional, la Corte IDH afirmó que para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la

---

[29] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 146.

[30] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.,* punto 196. Un análisis crítico de esa sentencia puede encontrarse en Beloff, Mary, Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle"), publicación originalmente en "¿Más Derecho?", Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000.

[31] Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, op. cit*., párr. 206.

[32] En este sentido: "(…) es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención". (Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 75).
Por otra parte, la Corte IDH determinó como requisito para la determinación de la responsabilidad del Estado que, al momento de los hechos, las autoridades estuvieran en conocimiento, supieran o tuvieran el deber de conocer la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de una persona o grupo de personas y no tomaran las medidas necesarias —dentro del ámbito de sus atribuciones— que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. (Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Pueblo Bello" vs. Colombia, op. cit.,* párrs. 123 y 124).

Convención Americana no se requiere *prima facie* determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad ni tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes estatales a los cuales se atribuyen los hechos violatorios de los derechos alegados.[33]

III. El concepto de niño en el DIDH (artículo 19 de la CADH en función del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

La CADH no define el término "niño". Para resolver esa laguna jurídica, de acuerdo con la CVDT,[34] el sistema regional aplica el concepto establecido en el instrumento convencional específico del derecho internacional de los derechos humanos: la Convención sobre los Derechos del Niño.[35]

Este instrumento define como niño a:

> (…) todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.[36]

La Corte IDH se ha pronunciado sobre este punto y asumió esta regla en su competencia contenciosa en el *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala*[37] y en su competencia consultiva en la Opinión Consultiva No. 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.[38]

---

33 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 75.

34 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.

35 Para un análisis exhaustivo de la Convención sobre los Derechos del Niño, ver Beloff, Mary, Deymonnaz, Virginia, Freedman, Diego, Herrera, Marisa y Terragni, Martiniano, Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada, La Ley, Buenos Aires, 2012.

36 Convención sobre Derechos del Niño, artículo 1.
Es posible advertir que la Convención sobre los Derechos del Niño no define cuándo se comienza a ser niño, circunstancia que fue considerada intencional ya que en el Grupo de Trabajo de expertos no hubo consenso entre las dos alternativas planteadas: la que proponía la concepción y la que consideraba el nacimiento como respuesta a este interrogante. De esta forma, "(…) La definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia en 1978 del entonces proyecto de Convención, definía al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los 18 años de edad. Como vimos, algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa -o sea, la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular, y los trabajos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento", *(Cfr*. O' Donnell, Daniel, *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido Infancia, Boletín del Instituto Interamericano de Derecho del Niño*, No. 230. Tomo 63, disponible en:
www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf, pág. 4).

37 "El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como 'niño'. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, 'salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad'. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas (…), tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial 'niños de la calle', para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo", (Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit*., párr. 188).

38 El término niño "abarca, evidentemente, los niños, niñas y adolescentes". Por lo demás, agrega respecto a la definición de niño que: "En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad", (Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 17/02, op. cit.,* nota al pie 45 y párr. 42 respectivamente).

El problema que plantea esta definición es que extiende la noción de niño hasta una edad donde resulta casi contra-intuitiva: la etapa de la adolescencia. Si bien las categorías niño o adolescente son construidas socialmente (en general, los adolescentes se 'quejan' de ser tratados como niños y los padres se refieren a sus hijos aún mayores como sus niños), la regla jurídica también plantea problemas que se advierten, principalmente, en tres áreas sensibles de los derechos humanos de los niños: el tema de la responsabilidad penal, el de sus derechos sexuales y reproductivos, el de la participación y el del trabajo. Estos temas, en particular el primero y el último, han sido objeto de regulación por el derecho interno de los Estados latinoamericanos los que, en todos los casos, han legislado sobre esos temas mediante la creación de categorías etáreas con derechos y deberes claramente establecidos para niños (menores de 12, 13 o 14 años) y adolescentes (entre 12, 13 o 14, y 18 años no cumplidos).[39]

Más allá de que la Convención sobre Derechos del Niño no establezca grupos de edad en general, sí existen en el derecho internacional algunas reglas que fijan edades de forma categórica respecto de algunos temas. Así por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de niños menores de quince años, prohibición reglamentada por los artículos 1 y 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados que establece la edad mínima de dieciocho años para participar en hostilidades y para hacer el servicio militar obligatorio.[40]

---

[39] A modo ejemplificativo, entre las leyes latinoamericanas es posible mencionar que Argentina a través de la ley 23.849 (ley aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, sancionada el 27/09/90, promulgada de hecho el 16/10/90 y publicada en el B.O. del 22/10/90) declara que se entenderá por niño todo ser humanos desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad (artículo 1), en cuanto a la regulación de la responsabilidad penal la ley 22.278 (Régimen Penal de la Minoridad, sancionada el 20/08/80, promulgada el 20/08/80 y publicada en el B.O. del 28/08/80) fija como edad mínima de responsabilidad penal juvenil los dieciséis años de edad –menor punible— (artículo 1); la ley 20.084 de Chile (Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, promulgada el 28/11/2005, publicada el 7/12/2005 y entrada en vigor el 8/06/2007) que establece que, a efecto de la citada ley, se considerará adolescente a toda persona que al momento de la ejecución del delito sean mayores de catorce años y menores de dieciocho; el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (aprobado el 23 de diciembre de 2003) que define a todo niño/a como aquella persona que no ha cumplido los doce años de edad y, por otro lado, al adolescente como aquella persona entre los doce y dieciocho años (artículo 4); la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala (decreto 27/03, del 4/06/2003, modificada por el decreto 2/2004) que considera niño a toda persona desde su concepción hasta los trece años, y adolescente a toda persona desde los trece hasta los dieciocho años de edad (artículo 2); el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (ley 287, aprobada el 24/03/1998) que considera niño a aquella persona que no hubiese cumplido los trece años y adolescente a aquel que se encuentre entre los trece y dieciocho años de edad no cumplidos (artículo 2); la ley 1702 de Paraguay (del 24/05/2001) dispone que se entenderá por niño a toda persona desde la concepción hasta los trece años, adolescente desde los catorce hasta los diecisiete y menor adulto desde los dieciocho hasta alcanzar la mayoría de edad (artículo 1); el Código de la Niñez y Adolescencia del Uruguay (aprobado el 19/12/2001) entiende por niño a toda persona hasta los trece años y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad (artículo 1), entre otras.

[40] Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, artículo 1: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades".

Artículo 2: "Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años".

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha tipificado como crimen de guerra (lo que conlleva la responsabilidad penal internacional para aquellas personas que lo cometan), el "reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades", sea por fuerzas armadas estatales, paramilitares o por grupos armados disidentes (artículo 8). Por otro lado, el Protocolo Adicional I relativo a la Protección de las Victimas de los Conflictos Armados Internacionales (aprobado el 8/06/77 por la Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigencia el 7/12/78), dispone que en el caso de que las 'Partes' deben adoptar todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Sobre la participación de niños en conflictos armados, Winter, Renate, Niños soldados, en Derechos del Niño, Collins, Tara, Grondin, Rachel, Piñero, Verónica, Pratte, Marie, Roberge, Marie (coord.), Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, julio de 2010, páginas 513-522; Atiba Davies, Gloria, Niños soldados en conflictos armados: el papel de la Corte Penal Internacional (CPI), en Derechos del Niño, ya cit., páginas 522-532.

Por otro lado, está prohibida por varios instrumentos internacionales la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años, el casamiento antes de los quince años de acuerdo con la Recomendación sobre la edad mínima para el matrimonio,[41] el realizar trabajo de tiempo completo antes de los quince años y el llevar a cabo trabajos peligrosos antes de los dieciocho años, de acuerdo con el Convenio 138 de la OIT.[42]

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene una regla que establece una excepción a la edad de dieciocho años en los casos en los que el menor haya adquirido antes la mayoría de edad. Esta disposición ha sido interpretada de formas diversas y no siempre de conformidad con los principios de no regresividad y progresividad que deben regir la hermeneútica de los derechos humanos.

IV. Relación del artículo 19 de la CADH con otros derechos del mismo tratado

En el presente apartado se procurará evidenciar brevemente cómo y de que manera es posible relacionar el artículo 19 de la Convención Americana con algunos derechos fundamentales de la persona protegidos tanto por la citada Convención cuanto por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de sentencias de la Corte IDH.

En palabras del máximo tribunal regional de derechos humanos,

> (…) la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos *puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales*. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.[43]

1. Relación con los artículos 4 y 5 de la CADH

En relación con el artículo 4 de la Convención Americana[44] que garantiza el derecho a la vida y el artículo 5[45] que hace lo propio respecto del derecho a la integridad personal, es importante tener presente, como

[41] Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 2018 (XX) de 1 de noviembre de 1965. Principio II: "Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad".

[42] Convenio 138 de la OIT, artículos 2.3 y 3.1.

[43] Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 17/02, op. cit.,* párr. 8, destacado agregado.

[44] El derecho a la vida es protegido por diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6.

[45] En similar sentido, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, artículo 5; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 6, 7 y 10.1; Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, artículos XXV y XXVI; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37 a); las Reglas de Beijing, artículo 17.3; las Directrices de RIAD, Directrices 21 h) y 54.
"Curiosamente, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni el PIDCP reconocen expresamente el derecho a la integridad personal como tal. No obstante, es evidente que la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal de la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes previstas en el artículo 5 de la Declaración Universal y 7 del PIDCP. El artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (…) consagra expresamente el derecho a la integridad personal y hace un aporte valioso a la definición de su contenido, al precisar que comprende la 'integridad física, psíquica y moral' ", (*Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las

ya fuera señalado, el estándar definido por la Corte IDH precisamente en el mencionado *Caso Villagrán Morales*, caso que contribuyó a dar visibilidad a los derechos de los niños como derechos humanos. En esa oportunidad se estableció que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos[46] por lo que, de no ser respetado, todos los restantes derechos carecerían de sentido.[47]

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas[48] para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).[49]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que:

> Se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (…) Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo.[50]

Por ello para la Corte IDH, cuando los Estados violan los derechos de los niños en situación particular de vulnerabilidad de vulnerabilidad, los hacen víctimas de una doble agresión (o doble vulnerabilidad). En primer lugar, en sentido positivo en tanto aseguramiento de deberes de prestación, los priva de mínimas condiciones de vida (vida digna) y se les impide el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”[51]; en otros casos, en sentido negativo, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra sus propias vidas.[52]

Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004, páginas 169 y 170).

46 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit*., párr. 144.

47 *Ibidem,* párr. 144; y Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, op. cit*., párr. 156.

48 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Pueblo Bello” vs. Colombia, op. cit*., párr. 120.

49 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, op. cit.,* párrs. 144/146.

50 Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982), párr. 1.
Además, “(…) el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”, (Ibidem, párr. 5)
Por su parte, la Corte IDH sostuvo que: “(…) Si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana”, (*Cfr*. Corte IDH. Opinión Consultiva OC 16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. El derecho a la información sobre la asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1 de octubre de 1999, párr. 135).

51 Convención sobre Derechos del Niño, Preámbulo.

52 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 191; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.,* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126 párr. 121.
Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina señaló que:“[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico”, (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 330:3853, del voto de los Jueces Petracchi, Maqueda y Argibay).
Sobre el tema, ver Beloff, Mary, *Derecho a una vida digna de ser vivida*. en Revista “Comunicarnos”, Comisión de Niñez y Adolescencia en Riesgo del Arzobispado de Buenos Aires, Buenos Aires, Año 9, Nro. 103, diciembre de 2009, página. 6/8.

Con lo expuesto queda evidenciada la intrínseca relación del artículo 19 de la Convención Americana con el derecho a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5).[53]

En definitiva, la obligación estatal de respetar la vida y la integridad personal de las personas presenta modalidades especiales en el caso de los niños a partir de las normas sobre protección especial establecidas en la propia Convención Americana y en la Convención sobre Derechos del Niño.[54]

2. Relación con los artículos 8 y 25 de la CADH

La relación entre el artículo 19 y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana ha sido históricamente compleja. El problema radica en cómo realizar el contenido de las *"medidas de protección" en el marco de un debido proceso legal.*

En ese sentido, en varias oportunidades, el máximo tribunal regional cuestionó el enfoque tutelar clásico que hacía pagar a los niños un alto precio para protegerlos y que se expresaba en el desconocimiento de sus derechos de libertad, entre ellos el debido proceso legal. Lo que no pudo resolver es cuáles son los alcances precisos de la protección o tutela en clave de derechos humanos exigida por el artículo 19[55] y cómo eventualmente podrían entrar en conflicto con derechos de libertad.

Sobre el tema la Corte IDH expresó que

> (…) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.[56]

Asimismo, para remarcar las particularidades de la presencia de un niño en un proceso, el citado tribunal sostuvo que:

> (…) Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (…)[57]

Como se mencionó reiteradamente, la Corte IDH no indicó cuáles serían esas "medidas específicas" que una vez más parecieran referirse a las "medidas especiales de protección" del artículo 19 de la Convención Americana, cuyo contenido, alcances y límites constituían el objeto central de la Opinión Consultiva No. 17 citada. Por lo contrario, el tribunal se valió de una categoría ambigua y problemática como el interés superior del niño para limitar los diferentes derechos. Sí realizó un aporte relevante con relación a la participación del niño en la determinación de lo que se considere su "interés superior" o "mejor interés", siempre, de todos modos, "en la medida de lo posible". Así lo dijo:

> En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la

---

[53] Sobre derecho a la vida y derecho a la integridad personal, véasen también los comentarios al artículo 4, de Carlos Ayala Corao y María Daniela Rivero, y el referente al artículo 5, de Claudio Nash, ambos comentarios forman parte de esta obra.

[54] Corte IDH. *Caso "Bulacio Vs. Argentina", op. cit.*, párr. 138; y Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit*., párr. 146.

[55] En este sentido, véase, Beloff, Mary, Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, en Los derechos del niño en el sistema interamericano, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004.

[56] Corte IDH. Serie A No. 17, Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit*., párr. 98.

[57] *Ibidem*, párr. 96.

participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso".[58]

La Opinión Consultiva No. 17 que era una oportunidad ideal para precisar el contenido del artículo 19 y resolver su compatibilidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana resultó en definitiva en una reiteración de las normas relacionadas con la protección de los derechos del niño. Las conclusiones del texto no responden al confuso pedido de la Comisión, aborda algunas garantías en particular como la que se refiere al derecho del niño a no ser separado de su familia de origen por razones de pobreza de forma problemática y no progresan en el establecimiento de estándares más precisos que los ya sentados por las normas internacionales. En ese sentido, la Opinión Consultiva No. 17 es una decisión importante pero incompleta al no pronunciarse categóricamente sobre el contenido concreto del artículo 19 de la Convención Americana tanto en términos de prestaciones positivas cuanto de límites precisos al Estado. En rigor, no es posible saber si la Corte IDH quiso fijar estándares ciertos, pero no lo logró por ausencia de una lectura integral de lo que implicaba esta decisión en términos socio-históricos además de jurídicos; o, por lo contrario, no quiso establecer esos límites precisos por su posicionamiento equívoco en torno del tema.

Por otro lado, sobre los procesos en general la Corte IDH se pronunció sobre los efectos que podrían tener sobre otros derechos de los niños. Al respecto, sostuvo que,

> (…) las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.[59]

En este sentido, el citado tribunal ha establecido que cualquier actuación que afecte a un niño,

> (…) debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.[60]

De manera complementaria agregó que:

> (…) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que

---

58 *Ibidem,* párr. 102.
En este sentido, "(…) la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto". Por lo demás, "La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino". En este sentido, "[d]e manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el 'interés superior del niño' y el derecho a ser escuchado, al afirmar que 'no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida'"., (*Cfr*. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit*., párrs. 199, 196 y 197 respectivamente).

59 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, op. cit*., párr. 209; y Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit.,* párr. 95.

60 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 112/114.

se encuentran los menores la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (...)[61]

Una problemática específica dentro de este tema se relaciona con las declaraciones de los niños víctimas en los procesos, las que suelen ser consideradas como medios de prueba más que como mecanismos de acceso a la justicia. En numerosos casos, estas declaraciones son pruebas fundamentales y decisivas en virtud de que este tipo de delitos se produce, en general, en ámbitos privados; pero su producción deviene una experiencia traumática para el niño involucrado.[62] Por ello se requiere que existan personal y medios adecuados al momento de someter a los niños a este tipo de procesos.[63] Básicamente, se debe velar para que los niños sean interrogados en forma adecuada y con resguardo de su integridad psíquica, así como procurar que no se vean confrontados ni con el presunto autor del hecho delictivo, ni con su abogado defensor.[64]

A fin de asegurar el principio de protección especial en el sistema de justicia, se precisa además que respecto de niños víctimas de delitos deben adoptarse las siguientes medidas:[65]

a) un trato con tacto y sensibilidad "tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral";[66]

---

[61] *Ibidem*, párr. 97.

[62] La Corte Suprema de Justicia de Argentina sostuvo que: "[s]e encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales (…)", (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 334:725 , del voto de la Jueza Highton de Nolasco, del considerando 5).
Respecto del deber de los jueces, el citado tribunal agregó que: "deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima" (Ibidem, del considerando 6).
Con relación a los reiterados llamados a prestar declaración a un niño que ha sido víctima de este tipo de delitos, la CSJN resolvió que: "El daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (…) causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior" (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 325:1549)

[63] Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Directriz 23: "[a]l prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones". Por su parte, la Directriz 31 dispone que "(…) los profesionales deberán aplicar medidas para: a) limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de vídeo".

[64] Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Directriz 31. Conforme estas reglas, la protección de un niño testigo o víctima que declara en un juicio como los aquí considerados exige asegurar que este acto no perjudique su salud física ni psíquica (es decir, evitar la revictimización). Para ello la declaración debe ser conducida por un profesional especializado (psicólogo o psiquiatra), ya que los funcionarios judiciales no siempre poseen la formación necesaria para desarrollar esta actividad de forma adecuada y mediante Cámara Gessel o dispositivo similar que evite reiteraciones pero también nulidades eventuales planteadas por la defensa.

[65] En este sentido, "[a] la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa (ciertamente mayor que la que tenía en el sistema inquisitivo clásico) y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio —escenario que presenta a una víctima con derechos reafirmados— se suma la idea de que los niños (esto es, los menores de dieciocho años de edad de acuerdo con el art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño) tienen derecho a una protección especial (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", (*Cfr*. Beloff, Mary, El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado, en Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia, ADC, Jufejus y UNICEF, página 22).

[66] Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Directriz 10. Ver también,

b) que la injerencia en la vida privada del niño debe limitarse al mínimo necesario[67] –por ello se exige restringir la publicidad de un juicio en que el niño sea víctima–;[68]

c) una relación continua con los profesionales encargados de brindar apoyo y certidumbre sobre el proceso;[69]

e) el uso de salas especiales con servicios interdisciplinarios, los recesos en las audiencias programadas en horarios apropiados a la edad y madurez del niño;[70] f) los niños y sus padres, tutores o representantes deben ser informados debidamente y con prontitud de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, de los procedimientos aplicables y sus pasos más importantes, de los derechos de los niños, de los mecanismos para revisar las decisiones, de la disposición de medidas de protección y de los mecanismos de apoyo;[71] y

g) la investigación debe desarrollarse de manera expedita, a menos que las demoras redunden en beneficio del niño.[72]

También en relación con este tema es del caso recordar lo sostenido por el Comité de Derechos del Niño respecto de la necesidad de que el lenguaje de los procedimientos en los que se ve involucrado sean comprensibles tanto para el niño cuanto para su familia. En palabras del Comité:

(…) El niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una ´traducción´ de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender"; y "a menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias.[73]

En definitiva, *a la fecha no existe mayor discusión ni teórica ni jurisprudencial respecto a que el derecho a un juicio justo comprende un conjunto de condiciones tanto formales como sustantivas bajo las cuales debe desarrollarse un proceso y los roles de las diferentes partes en éste involucradas.* El aseguramiento de esas condiciones y de esos roles con *debida atención a la especial condición de los niños integran el contenido de las "medidas de protección" que los Estados deben garantizar* a este grupo de acuerdo con el artículo 19 de la CADH,[74] como por ejemplo, mediante el principio de justicia

Corte IDH, Serie C No. 216, Caso *Rosendo Cantú y otra s. México,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 201.

67 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Directriz 12.

68 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Directriz 28.

69 Según la Directriz 30, los profesionales que intervengan deben: a) prestarles apoyo, incluso acompañando al niño a lo largo de su participación en el proceso de justicia, cuando ello redunde en el interés superior del niño; b) proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso, con la mayor certeza posible. La participación del niño en las vistas y juicios deberá planificarse con antelación y deberán extremarse los esfuerzos por garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso.

70 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Directriz 30.

71 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Directriz 19.

72 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, Directriz 30: "c) Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados".

73 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, 44ª período de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 47 y 48.

74 Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, entendió que: "(…) El sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Pacto Internacional de Derechos

especializada cuando se imputa un delito a un niño; esto es, una legislación especial con relación a las personas menores de edad imputadas de delitos, órganos específicos para su tratamiento y juzgamiento y un sistema de sanciones diversas de las previstas para los adultos.

Medidas especiales de protección y jurisdicción especializada (justicia penal juvenil)

Con independencia de las dificultades que se advierten en la jurisprudencia del citado tribunal para poner contenido preciso a las medidas de protección derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, a partir de la lectura de las diferentes decisiones del mencionado Tribunal *sí es posible concluir que éste considera que una respuesta penal diferenciada y un marco de garantías especial integran la regla de protección especial*. Ello refleja el reduccionismo penal propio de la traducción latinoamericana de la Convención sobre los Derechos del Niño durante las primeras dos décadas de su vigencia[75]; pero ciertamente dejó fuera de discusión que cualquier intervención estatal dirigida a un niño imputado de un delito debe asegurar un respuesta diferenciada a la prevista para los adultos.

La Corte IDH ha desarrollado extensamente el referido principio de justicia especializada. Así, definió que:

> (…) los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, *sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores* de edad (…)[76]

En la misma línea y de modo adicional, la Corte IDH estableció que:

> (…) una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el 'establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes' (…)[77]

Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de pena por hechos cometidos por menores (…)" (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:4343, del considerando 34 del voto de los Jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti). De igual forma, la Corte IDH reconoció limitaciones al principio de publicidad del proceso judicial a fin de evitar apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre la vida futura de los niños.

75 Sobre el tema ver Beloff, *Mary, Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA/Lexis Nexis, 2007, páginas 69/88.

76 *Ibidem*, párr. 109, destacado agregado.
En este sentido, sostuvo que: "(…) el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1 de la CADH, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma",(*Cfr*. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", op. cit,* párr. 213).

77 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", op. cit*., párr. 210.
En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, sostuvo que debe utilizarse un proceso penal específico que asegure un trato diferenciado en comparación con las personas adultas; de esta forma, "[d]icha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención [la CDN] no comparte con ellas", (Corte Suprema de Justicia de la Argentina, Fallos 328:4343, del considerando 19). Así, se garantiza que los adolescentes tengan los mismos derechos constitucionales de los adultos y derechos especiales derivados de su condición: "[q]ue, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos (…) los niños

Más allá de numerosas referencias generales sobre la temática, es importante tener presente que la Corte IDH explicitó que:

> (…) la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley (…) deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales (…)[78]

En consonancia con esas reglas, la Corte IDH, de modo categórico resolvió que el Estado de Paraguay, al no tener establecido un órgano jurisdiccional especializado para los niños en conflicto con la ley ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, había violado los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana,[79] ambos en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma Convención.[80]

Por su parte la Observación General No. 10 del Comité de Derechos del Niño[81] exige además como componente de la jurisdicción especializada, la capacitación sistemática y continua de los operadores en el desarrollo físico, psíquico y social del niño, en las necesidades de los niños más vulnerables y en las medidas disponibles que no impliquen el uso de procedimientos judiciales.[82]

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el principio de especialidad no sólo exige la aprobación de un régimen legal específico sino también la creación de órganos jurisdiccionales especializados en los que se desarrolle un proceso especial en el que se aseguren a los niños los derechos que las normas internacionales les confieren. Ello es muy importante frente a la constatación, en el derecho comparado regional, de que muchas veces la existencia de jueces de menores y jueces de adultos se debe a una distribución formal de competencias y no a una cuestión de garantía a la jurisdicción especializada planteada como reglamentación de los artículos 40.3 de la Convención sobre Derechos del Niño[83] y 5.5

poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado", (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:4343, del considerando 32).

Finalmente, el máximo tribunal argentino sostuvo que: "en la medida en que cuenta con los medios necesarios a esos fines. Por otro lado, su limitada jurisdicción, no exime a sus Magistrados de la obligación de aplicar la legislación específica que rige para los procesos en que son parte los menores de edad, que está conformada por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los derechos del niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Fallos: 328:4343 considerando 34 y las leyes 22.278 y 26.061)", (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 331:2720 (del dictamen del Procurador General de la Nación al cual se remitiera el más Alto Tribunal).

78 *Ibidem*, párr. 211.

79 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 (Garantías Judiciales):"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (…)"

80 *Ibidem*, párr. 213.

81 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, *op cit.*

82 *Ibidem*, párr. 97.

83 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40: "(…) 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir

de la Convención Americana.[84]

Finalmente, dentro del principio de justicia especializada debe situarse la efectividad y oportunidad del ejercicio de la función judicial. La CADH exige que los recursos y procesos internos disponibles para aquellos que se consideren lesionados en sus derechos tengan la aptitud para producir el resultado para el cual fueron concebidos. En otras palabras, un correcto servicio de justicia implica la necesidad de que los recursos y procesos se tramiten con la debida diligencia que requiere mayor dedicación (esto es, mayor celeridad) cuando se trata de niños. Ello así porque el tiempo de los niños es sustancialmente diferente del tiempo de los adultos.[85] En consecuencia, la realización de las garantías de los artículos 8 y 25 en función del artículo 19 deberían ajustarse a los tiempos de los niños involucrados.[86]

V. El artículo 19 de la CADH *y el interés superior del niño*

Para interpretar los alcances del artículo 19 de la CADH en el marco del amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños reconocido por la Corte IDH, debe tenerse presente que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 señala que:

> (…) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.[87]

las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales (…)”

[84] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal): “(…) 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

[85] Si bien un análisis exhaustivo sobre la pena y sus alcances con relación a las personas menores de edad excede el marco del presente capítulo, es posible señalar que la Corte Suprema de Justicia de Argentina consideró que la aplicación de una sanción privativa de la libertad no debe fundarse en la gravedad del hecho o la peligrosidad del joven condenado, sino que debe ser necesaria para su resocialización (*Cfr*. Fallos 328:4343, del considerando 23 del voto de la mayoría). La Corte Suprema remarcó que, al momento de evaluar la reintegración, no sólo deben considerarse las características individuales del imputado menor de edad, sino que también debe valorarse su medio social. En este sentido, “(…) cabe advertir que la noción de reintegración parte de asumir que las dificultades que afronta un niño no son necesariamente individuales, y considerar relevante, en cambio, el medio social en que vive”, (*Cfr*. Fallos 331:2691, del considerando 4 del voto de la mayoría). En otras palabras, al momento de determinar la respuesta penal en el caso concreto, el juzgador deberá valorar la situación social que rodea al adolescente que va a ser castigado y esta evaluación deberá tener alguna influencia en la pena aplicable. El otro criterio aplicable a los adolescentes fijado por el citado tribunal es el menor reproche de culpabilidad debido a su inmadurez emocional. En este sentido, sostuvo que: “(…) esta incuestionada inmadurez emocional impone que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. La culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional (…) en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. No resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”, (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:4343, del considerando 40 del voto de la mayoría). Recientemente, el 25 de junio de 2012, la Corte Suprema de EEUU declaró inconstitucional la pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional para personas de catorce años o menores homicidas en el *Caso Miller vs. Alabama* (USSC, Certiorari to the Court of Criminal Appeals of Alabama n° 10–9646, argumentado el 20 de marzo de 2012 y resuelto el 25 de junio de 2012). Este fallo se dictó dos años después de que la citada Corte declarase inconstitucional la prisión perpetua sin posibilidad de obtener la libertad condicional por delitos que no fueran homicidio cometidos por menores de 18 años en Graham vs. Florida (USSC, Certiorari to the District Court of Appeal of Florida, 1st District, n° 08–7412, argumentada el 9 de noviembre de 2009 y decidida el 17 de mayo de 2010) y a siete años de que prohibiera la imposición de pena de muerte a las personas menores de edad (Roper vs. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

[86] Sobre consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales respecto a los derechos del niño véase también el comentario al artículo 8, de Juana María Ibáñez Rivas, el cual forma parte de esta obra.

[87] Convención sobre Derechos del Niño, artículo 3.

En sentido similar, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, había establecido que:

> El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.[88]

Por esta razón, no puede soslayarse el análisis del interés superior del niño si se pretende dar contenido al artículo 19 de la CADH.

La categoría de interés superior o mejor interés del niño (*best interest of the child*) ha sido largamente tratada por la doctrina y por la jurisprudencia.[89] A pesar de las numerosas críticas de las que ha sido objeto, tanto para doctrina mayoritaria cuanto para la jurisprudencia internacional este principio *constituye una referencia insoslayable en el largo y gradual proceso de reconocimiento de los derechos de los niños y presenta una actualidad hermenéutica que está fuera de discusión por su presencia en todas las normas convencionales y no convencionales de derechos humanos de niños y niñas.*

El interés superior del niño ha sido definido por la doctrina de muchas maneras y, por décadas, ha sido utilizado e interpretado como un "cheque en blanco"[90] que justificaba toda clase de arbitrariedades en el ámbito público estatal. Posteriormente y en particular a partir de que *el principio fuera incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño, se lo comenzó a considerar una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos.*

---

88 Declaración de los Derechos del Niño, Principio 2.

89 Cabe señalar que el concepto de interés superior del niño o interés del menor (best interest of the children) ha sido utilizado desde el siglo XVIII en el derecho inglés. Se explicó así que: "(…) aparece en la práctica de la Chancery Court a fines del s. XVIII y en el XIX la Guardianship of Infants de 1886 prescribía que el *child's welfare* fuera una consideración relevante junto con otras (la conducta y los deseos de los padres). El 1925 Act hizo del child's welfare la first and paramount consideration. En la interpretación de la Children Act 1989, en la que se dice: the child's welfare shall be the courts paramount consideration (section 1), este principio actúa como the 'only' consideration", (*Cfr*. Rivera Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, página 27).

90 "(…) Este artículo de la CIDN es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo no hay un sólo fallo —de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver— que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el artículo 3", (*Cfr*. Beloff, Mary, "Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina", en Bovino, Alberto, Courtis, Christian y Abramovich, Víctor (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas*: 1994-2005, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006, página 290).

La Corte Suprema de Justicia de Argentina aportó algunas precisiones al momento de definir el contenido de este principio. Al respecto, sostuvo que: "(…) apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (…) El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto" (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:2870, del voto de los Jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay). En similar sentido, "(…) la 'protección especial' enunciada en el preámbulo de la Convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3° —dirigida a los tribunales, autoridades administrativasy órganos legislativos—, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes", (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 324:975, del voto de los Jueces Boggiano y Vázquez).

En el ámbito regional latinoamericano (a diferencia de lo que sucede en otras latitudes) *no se lo identifica en general con el fundamento de la autoridad parental*[91] *sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.* Al respecto, la propia Corte IDH ha sostenido que:

> (…) la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.[92]

En esta línea, el máximo tribunal regional sostuvo que:

> (…) la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.[93]

Por consiguiente, dentro de las variadas definiciones de interés superior del niño, hay coincidencia en que puede ser definido como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos.[94] De este modo, presenta un contenido normativo específico que supone que determinados

[91] Alston, Philip, The best interests of the child. Reconciling culture and human rights, Clarendon Press, Oxford, 1994. Sobre el tema, también Breen, Claire, The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.
En el ámbito del derecho español, se consideró que el interés superior del niño "(…) determina que cuando esté en juego un interés de un menor habrá de imponerse éste sobre otros y frente a otra solución, a menos que razones suficientes exijan otra cosa, lo que habrá que justificar, y demostrar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva, y de ser proporcionada al caso", (*Cfr*. Rivera Hernández, Francisco, *El interés del menor, op. cit*., páginas. 34 y 35).

[92] Corte IDH, Serie A No. 17, Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit.*, conclusión 2; veáse también el voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 60.
Por otro lado, "Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños". En este sentido, "(…) al ser, en abstracto, el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona (…) El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia".. Finalmente, "[a]l haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño", (Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.*, párrs. 109, 108 y 154 respectivamente).

[93] Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit*., párr. 105. Por lo demás, " (…) la Corte ha establecido que no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional (…)", (*Cfr*. Corte IDH. *Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 74; en similar sentido, Corte IDH., *Caso Garibaldi vs. Brasil,*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203, párr. 137.
Asimismo, el Tribunal Europeo sostuvo que no configura causa válida de retraso la sobrecarga crónica de causas pendientes (TEDH, No. 20950/92, Caso Probstmeier vs. Alemania, Sentencia de 1 de julio de 1997, párr. 64; y No. 2844/05, Caso Samardzic y AD Plastika vs. Serbia, Sentencia de 17 de julio de 2007, párr. 41).

[94] La Corte Suprema de Justicia de Argentina, sostuvo que este concepto es abierto, por consiguiente, son los jueces quienes debe precisarlo al momento de resolver. Esto implica valorar las circunstancias del caso concreto con parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina así como tener en cuenta la información suministrada por otras disciplinas (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 331:941, del dictamen del Procurador General que el voto de la mayoría hizo propio). En este sentido, esta tarea requiere mesura y serenidad (Corte Suprema de Justicia de Argentina, "Martínez,

derechos de los niños poseen un "mejor interés" o prevalencia respecto de otros derechos individuales y-o intereses colectivos.[95]

En ese sentido, la Corte IDH interpretó que,

> La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.[96]

La Corte IDH ha tenido varias oportunidades para definir el interés superior del niño. Específicamente, en la Opinión Consultiva No. 17 –como fuera señalado, frente a un confuso y genérico pedido de la Comisión Interamericana a la Corte IDH–,[97] el citado tribunal ensayó una fundamentación pero en definitiva no logró dotarlo de contenido específico, al remitir a la Convención sobre Derechos del Niño en una argumentación circular:

> Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.[98]

Al no haber resuelto la cuestión, tampoco pudo resolver cómo garantizar los derechos de protección (núcleo duro del pedido de Opinión Consultiva) al supeditar la pregunta sobre los límites a la protección en el *polisémico* interés superior del niño.[99]

En efecto, en la misma Opinión Consultiva No. 17, la Corte afirmó:

> (…) si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. (…) En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de

---

Marcela María de Luján y otro s/guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. - cuad. de apelación de medida cautelar", M. 14. XLIII; REX; 04-09-2007, del considerando 6, del voto de los Jueces Maqueda y Fayt).

95 Freedman, Diego, *Funciones normativas del interés superior del niño*, Revista "¿Más Derecho?" , Año 4, Buenos Aires, 2004.
La Corte IDH, tomó en consideración el interés superior del niño para determinar las reparaciones a las cuales tienen derecho los hijos de victimas de violaciones de derechos humanos (*Cfr*. Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador,* Sentencia del 29 de mayo de 1999, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones, párr. 31).

96 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 134.
Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño entendió que el principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura: "(…) Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente" (Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párr. 6 del artículo 44), párr. 13).

97 Ver supra sección IV.2.

98 Corte IDH.Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit.*, párr. 56.

99 Por ejemplo, al disponer la permanencia del niño en su núcleo familiar salvo que existiesen razones determinantes para separarlo en función de su interés superior (separación que debe ser excepcional y, preferentemente, temporal). Éste es un punto clave que no ha sido resuelto por la Corte IDH. El citado tribunal debió haber establecido cuáles eran esas "razones determinantes" para separar a un niño de su familia, y no dejarlo librado una vez más al impreciso "interés superior".
Un análisis exhaustivo de la Opinión Consultiva No. 17, en Beloff, Mary Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte IDH "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", *op. cit.*

> medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.[100]

Recientemente, la Corte IDH retomó lo afirmado en la Opinión Consultiva No. 17 al sostener que,

> Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'.[101]

En definitiva, sobre la base del criterio jurisprudencial de la Corte IDH, es posible afirmar que existiría una equivalencia entre el contenido del artículo 19 de la CADH (medidas especiales de protección a la niñez) y el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño (interés superior del niño), en tanto en todos los precedentes siempre que se intenta definir el interés superior del niño se alude, de formas variadas, a la satisfacción de los derechos de los niños, la que se lograría de garantizarse las medidas de protección previstas por el artículo 19 que se comenta.

VI. Conclusión

Como intentó plantearse a lo largo del presente comentario, el artículo 19 de la Convención Americana reconoce claramente a los niños una esfera de protección especial que implica obligaciones de prestación adicionales a cargo de los Estados, la familia y la sociedad toda respecto de la infancia. La razón de tal protección especial o reforzada radica en que se considera que en esta etapa de la vida las personas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que requiere atención, cuidados y ayudas particulares por parte de los adultos.

De acuerdo con la Corte IDH, para dotar de contenido al artículo 19 de la CADH debe recurrirse al "muy comprensivo corpus juris internacional de protección de derechos humanos de los niños"[102] aquí considerado, concepto abierto cuyo alcance y contenidos específicos reclaman una hermenéutica integradora que posibilite, en cada caso concreto, la efectiva vigencia de los derechos de los niños del continente.

La jurisprudencia de la Corte IDH, correctamente a mi criterio, ha renunciado a la pretensión original reclamada por varios peticionantes de otorgar un contenido teórico general a las "medidas de protección" previstas en el artículo 19 así como al interés superior del niño. El enfoque casuístico ha permitido conocer los alcances de estos deberes de prestación pero no, ciertamente, fijar un estándar rígido y universal en el tema.

[100] Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit*., párrs. 59 a 61.

[101] Corte IDH.*Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, op. cit*., párr. 49). En similar sentido, Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, supra nota 51, párrs. 56 y 60; y Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit.,* supra nota 50, párr. 108.

[102] *Cfr*. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit,* párr. 194; y Corte IDH. Opinión Consultiva OC 17/02, *op. cit*., párr. 24.
De manera previa, la Comisión IDH había entendido que: "(…) Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia". (CIDH, Informe nº 41/99, caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, ya cit., párr. 72).
Es importante mencionar que la Corte IDH en el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, señaló que el artículo 19 de la CADH le permite incorporar como vinculantes obligaciones que no se enuncian en la CADH (párr. 201).

El tema no es menor dado que, como se indicó, en la oportunidad en la que fue consultada específicamente sobre el tema para dar una opinión más abarcativa por no involucrar su competencia contenciosa en la Opinión Consultiva No. 17, el tribunal no logró definir las características jurídicas de la protección a la infancia como tampoco fijó reglas precisas con relación al interés superior del niño ni respecto de cómo establecer el alcance de los derechos de los niños al supeditar este límite al mencionado interés superior.

Al afirmar en esta decisión que la protección de los niños implicaba la protección de sus derechos pero al no avanzar en relación a cómo el Estado debía garantizarlos, dejó abierto el tema relacionado con las tensiones entre los derechos de prestación y los derechos de libertad de niños, niñas y adolescentes latinoamericanos. Valgan como ejemplo mencionar, en este sentido, que no se puede saber con certeza, a la fecha, si en opinión de la Corte IDH las medidas de protección especiales contenidas en las antiguas leyes de menores que rigieron en América Latina por casi un siglo realizaban o no el contenido del artículo 19 de la CADH, si el interés superior del niño tiene un contenido autónomo o siempre es relacional, cuál puede y debe ser el alcance de las medidas especiales de protección previstas por el comentado artículo 19, si esas medidas de protección representan lo que en la moderna doctrina constitucional se consideran medidas de acción afirmativa, si es posible incluir a la justicia juvenil dentro de los supuestos del artículo 19 como parece tácitamente desprenderse de la Opinión Consultiva No. 17 o, en definitiva, en el interrogante que engloba a todos los anteriores, cuando el paternalismo estatal está justificado en América Latina.

De todos modos, una poderosa clave hermenéutica puede encontrarse en el párrafo 144 de la sentencia de fondo dictada en el *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la calle) vs. Guatemala* donde la Corte IDH fijó, al interpretar el derecho a la vida, el deber del Estado de garantizar a los niños condiciones para que vivan vidas dignas de ser vividas. Esas condiciones mínimas (el "coto vedado" que habilita la intervención estatal paternalista justificada, según Garzón Valdés[103]) son las medidas de protección (artículo 19 de la CADH) que tienen que existir para que todos los demás derechos de los niños puedan ser asegurados.

[103] Ello permitiría conciliar la autonomía de niño con la necesidad de adoptar medidas de protección de sus derechos de sobrevivencia y desarrollo, aún en contra de su voluntad o de sus deseos, supuesto que puede ser enmarcado dentro del "paternalismo justificado". En este sentido, "(…) en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal no están en condiciones de negociar por sí mismo relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones (…) En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas (…)", (*Cfr*. Garzón Valdez, Ernesto, "Desde la modesta propuesta" de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños, Revista "Doxa", Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 15-16, Vol II, 1994, páginas 737 y 738). Esta limitación a la autonomía del niño depende de su edad y madurez; es decir, debe existir una relación proporcional: a mayor edad y madurez, mayor participación y protagonismo del niño en el ejercicio directo de sus derechos. También dependerá del tipo de derecho en juego, ya que cierto grado de madurez permite ejercer determinados derechos pero este desarrollo físico e intelectual no autoriza necesariamente el ejercicio de otros derechos que involucren una mayor capacidad de comprensión y autonomía al implicar consecuencias más gravosas (y en muchos casos, irreversibles) con directa repercusión en el futuro de la vida de ese niño o niña.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad*

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Jurisprudencia relacionada

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No.74

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia 24 de febrero de 2011. Serie C. No. 221.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (Arts. 74 y 75).* Opinión Consultiva OC 2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, del 19 de enero de 1984.* Opinión Consultiva OC-4/84. Serie A No. 4.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de los Derechos Humanos en Cuba, Séptimo Informe (1983)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1983-84.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Suriname (1985).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Cuba (1985).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile (1985).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 20/88, Caso 9855, Estiverne c. Haiti, del 24 de marzo de 1988.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, del 10 de marzo de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado (2000).

* El aporte de Virginia Deymonnaz fue fundamental para la concreción de este texto tanto en la búsqueda de jurisprudencia y bibliografía relacionada así cuanto en la prolija edición del texto de modo que fuera compatible con los requerimientos de esta obra colectiva. Agradezco especialmente a Verónica Gómez su atenta lectura, sus valiosos comentarios sobre el texto y los aportes específicos relacionados con su dominio de los precedentes tanto del sistema regional cuanto universal.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros. Estados Unidos de América, 4 de abril de 2001.

Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe No. 78/11, Caso 12.586, Fondo, Canadá, 21 de julio de 2011.

Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos**,** Observación General No. 4, Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos, 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141 (1981).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

Comité de Derechos Humanos**,** Observación General No. 23, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27: Libertad de circulación (art. 12), 67° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, del 2 de noviembre de 1999.

Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 28, Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000).

Comité de Derechos Humanos, Caso Stewart c. Canadá, 1994.

Corte Internacional de Justicia

CIJ, Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia de 6 de abril de 1955.

Artículos y publicaciones académicos

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Oxford, 1990.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Les grandes decisions de la Cour Interamericaine des Droits de l'homme*, Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008.

FRANCO, Leonardo. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* IIDH, ACNUR y Universidad Nacional de Lanús, 2004.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera edición, San José, Costa Rica, 1996.

FERIA TINTA, Mónica. *The Landmark Ruling of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the child. Protecting the Most Vulnerable at the Edge*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

KESBY, Alison. *The Right to have Rights, Cityzentship, Humanity, and International Law,* Oxford University Press, 2012.

*Nationality and Statelessness**:** A Handbook for Parliamentarias,* Inter-Parliamentary Union 2005 Published by the Inter-Parliamentary Union with the United Nations High Commissioner for Refugees No. 11, 2005.

O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos,* Comisión Andina de Juristas, 1ª Edición, 1988, 2ª Edición 1989.

O' DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004 y Segunda Edición, Santiago de Chile, 2007.

PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos,* Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

PODESTÁ COSTA, L. A. y RUDA, José María. *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., 1988.

SÁNCHEZ, Víctor M. (Dir.). *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Huygens Editorial, 1ª Ed. 2009, 2ª Ed. 2010.

ZIEMELE, Ineta. Article 7: *The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to know and be cared for by parent,* en: *A commentary on the United Nations on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Open Society Justice Initiative, Children's Right to nationality, disponible en: (version solo en ingles): http://www.soros.org/sites/default/files/children-right-nationality-20110202.pdf.

Consejo de Derechos Humanos, The right to a nationality: women and children, Resolución A/HRC/20/L.8, adoptada el 5 de julio de 2012.

Índice

I. Introducción

La nacionalidad ha sido definida por la CIJ como:

> A legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties (...)[1]

[1] CIJ en el caso Nottebom (CIJ, Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia de 6 de abril de 1955). Históricamente la nacionalidad fue considerada como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona integraba la comunidad política que un Estado constituía según su derecho interno, de conformidad con el derecho internacional. En ese sentido se ha afirmado que: "[e]timológicamente, nación viene del latín natio, derivado a su vez de natus, participio del verbo nascor: nacer. En origen designaba la acción de nacer y tenía un sentido étnico que, por una transacción fácil, aplicada a las colectividades pasó a tener la acepción de indígena, es decir nacido en el territorio, originario del país, por contraposición a los alienígenas. En una acepción derivada, después de las Revoluciones estadounidense y francesa, el término nación fue siendo aplicado cada vez más a la organización política del populus, identificándose con el Estado, y ese fue el origen del principio contemporáneo de autodeterminación de los pueblos (…) La identificación del Estado con la nación coincidió, en la experiencia europea, con el despertar de los gobiernos constitucionales que, basados en el principio de legalidad, apuntaban a impedir el ejercicio arbitrario del poder. Esa coincidencia hizo que los derechos humanos de primera generación, que en la formulación iusnaturalista eran vistos como inalienables y dados, y por lo tanto independientes de cualquier gobierno, llegaran a ser positivados en declaraciones de derechos a través de las emancipaciones nacionales y los gobiernos constitucionales derivados de ellas. De estas coincidencias deriva la conjugación de los derechos humanos con la soberanía nacional, de acuerdo con el modelo de la Revolución francesa". Asimismo, se ha sostenido que: "[l]a idea de una voluntad única de la nación dio lugar a la postulación de la coincidencia entre Estado y nación que efectivamente desplazó de la dinastía legítima a la nación el criterio de lealtad y el vínculo de una nación en relación con el Estado. De ahí la relación entre la nación y la comunidad política, que a partir del siglo XIX inspiró el esfuerzo por organizar el sistema interestatal con base en el principio de las nacionalidades (…) Por eso se denomina habitualmente nacionalidad al vínculo jurídico y político que une a una población con un Estado (…)", (*Cfr*. Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, Fondo

De acuerdo con la posición clásica dentro del derecho internacional[2] son los propios Estados quienes establecen la atribución de nacionalidad, conforme su derecho interno, el cual será reconocido por los demás Estados en la medida en que sea consistente con los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generalmente reconocidos con relación a la nacionalidad.[3] En otras palabras, se trataría de un vínculo creado por el derecho interno cuya adquisición, pérdida y readquisición son legisladas por cada país. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos ha receptado esta idea y la ha transformado un derecho humano fundamental.

En efecto, ese enfoque que puede ser denominado "clásico" se ha transformado sustancialmente en las últimas décadas a partir de la aprobación de varias convenciones de derechos humanos y de la interpretación que de ellas han hecho los órganos judiciales y otros organismos de control de cumplimiento de tratados, los cuales se han pronunciado sobre el impacto que tiene el reconocimiento de la nacionalidad en el disfrute de derechos fundamentales que se extienden desde el derecho a la no discriminación hasta el ejercicio de derechos políticos, entre otros que se analizan más adelante.

En lo que interesa en particular a este comentario, la Corte IDH –en ejercicio de su competencia contenciosa– se expidió sobre la nacionalidad en dos casos emblemáticos: *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*[4] y *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.*[5] Asimismo, en ejercicio de su competencia consultiva, la *Opinión Consultiva No. 4, Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica* relacionada con la naturalización, del año 1984,[6] también refleja la atención que la Corte IDH ha dedicado al tema.

La Corte IDH sostuvo en la mencionada Opinión Consultiva No. 4 que:

> *[l]a nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano.* Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que *el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.* […] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana (…)"[7]

---

de Cultura Económica, México, Primera edición en español, 1994, páginas 156/158). El problema de esta definición, entre otros, es que basa el vínculo en la circunstancia de que una persona "integr(e) la comunidad política de un Estado" cuando es un hecho que en muchos Estados (incluidos la República Argentina y el Reino Unido, por dar dos ejemplos) los extranjeros ejercen el derecho al voto en elecciones locales y por lo tanto, de alguna forma, hacen parte de la comunidad política.

2 *Cfr*. Informe del Primer Comité de la Conferencia de La Haya sobre Codificación del Derecho Internacional, 1930.

3 *Cfr*. Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, Fourth Edition, Oxford, 1990, página 386.

4 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No.74.

5 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
Un análisis exhaustivo sobre la trascendencia de este precedente en, Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, Les grandes decisions de la Cour Interamericaine des Droits de l'homme, Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008; y en Feria Tinta, Mónica, The Landmark Ruling of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the child. Protecting the Most Vulnerable at the Edge, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, Cap. IV, The right to Nationality and to Equal Protection: The Yean and Bosico children case.

6 Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

7 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84*, op. cit.,* párrs. 32 y 33. Destacado agregado.

En esta línea, el tribunal interamericano afirmó en el citado precedente *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* que:

> La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados *está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia*.[8]

Es precisamente a partir de esa noción clásica y en función del señalado vínculo jurídico/político que une a una población con un Estado y al que se considera dotado de permanencia y continuidad[9] que en el ámbito de algunos Estados se distingue al nacional del extranjero y en el que se funda la competencia personal de algunos Estados en relación con sus nacionales más allá de sus fronteras.[10]

Si bien los conceptos de nacionalidad y ciudadanía con frecuencia se utilizan como sinónimos, no lo son y no deben ser confundidos. La ciudadanía se corresponde con aquellas personas calificadas legalmente para ejercer los derechos políticos sean o no nacionales del Estado.[11]

---

[8] Corte IDH. *Caso de las "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", op. cit.*, párr. 140. Destacado agregado.

[9] Cabe tener en consideración el precedente de la Corte Internacional de Justicia Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia de 6 de abril de 1955. Esta decisión resultó relevante para el derecho internacional respecto de los criterios que rigen el reconocimiento de la nacionalidad efectiva de una persona.
Este caso se refiere a una decisión de la Corte Internacional de Justicia de La Haya del 6 de abril de 1955, donde se determinaban los criterios por el cual Guatemala podía rechazar válidamente la nacionalidad de Liechtenstein que invocaba en su favor F. Nottebohm, nativo de Alemania establecido en Guatemala entre 1905 y 1943. La Corte Internacional de Justicia resolvió no hacer lugar a la admisibilidad de la demanda y, por consiguiente, Guatemala no estaba obligada a reconocer la nacionalidad de Liechtenstein adquirida por Nottebohm *para los efectos de la protección diplomática*, en virtud de que la vinculación de hecho existente entre Nottebohm y Liechtenstein en la época que precedió, acompañó y siguió a su naturalización no resultaba lo suficientemente estrecha y preponderante en relación con la vinculación que pueda existir entre él y ese otro Estado que permita considerar la nacionalidad que le fue conferida como efectiva, como la expresión jurídica de un hecho social de vinculación preexistente o que se constituya luego. Asimismo, el citado tribunal sostuvo que la nacionalidad es "un vínculo legal que tiene como base un hecho social", un vínculo jurídico que tiene por base un hecho social de arraigo, una solidaridad efectiva de asistencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Por consiguiente, el individuo al que se le confiere queda más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la confiere que a la de cualquier otro Estado.

[10] En este sentido, "[e]l grupo nacional, por ejemplo, da al individuo su medio de comunicación –la lengua— y no es preciso reiterar que el pacto lingüístico, como ya enseñaba Rousseau, es una premisa del contrato social. La lengua posibilita la herencia cultural, que es un repertorio compartido de significados que puede generar la nacionalidad, es decir, hábitos complementarios de comunicación social y en el proceso de decisión, mensajes, imágenes y memoria nacionales, indudablemente vinculan al hombre a su colectividad nacional (…)", (*Cfr*. Lafer, Celso, La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, ya cit., páginas 153/156). Por lo demás, "[m]ientras el territorio representa la base fundamental de la competencia espacial del Estado (…), el ámbito de la competencia personal se determina en relación a una población estable, identificada a través de la nacionalidad. La competencia personal es el conjunto de poderes jurídicos que un Estado ejerce respecto de las personas (físicas y morales) unidas a el por el vinculo de la nacionalidad. Se trata de un vinculo jurídico y político que expresa el reconocimiento de que una persona se halla mas estrechamente ligada a la comunidad de un Estado que a cualquier otra comunidad estatal", (*Cfr*. Draghici, Carmen, *Competencias personales del Estado, en Derecho Internacional Público,* Sánchez, Víctor M. (Dir.), Barcelona, Huygens Editorial, 1a. Ed. 2009, 2a. Ed. 2010, página 261).

[11] Como consecuencia de ello, el nacional puede estar legalmente incapacitado para ejercer la ciudadanía, sus derechos políticos. Por ejemplo, las personas menores de edad hasta que alcanzan la mayoría de edad política, los que por alguna razón han sido privados de esos derechos, y, en ciertos países, los analfabetos o los condenados a penas de reclusión, entre otros supuestos. No obstante, al considerar a la nacionalidad como el vínculo jurídico-político entre un Estado soberano y un individuo que hace a ese individuo miembro de una comunidad política y, por consiguiente, parte integrante de la competencia personal del Estado, los textos de derecho internacional público contemporáneo, en materia de derechos humanos, tienden a asimilar la nacionalidad a la ciudadanía para indicar quién es miembro del Estado y le debe "lealtad" en virtud de su nacionalidad, a diferencia de aquellos individuos con quienes el Estado no tiene esa relación jurídica. *Cfr*. Lafer, Celso, La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, *op. cit.*,

En definitiva, el derecho a la nacionalidad es un derecho personal de carácter fundamental, es decir, es un *derecho humano fundamental*.[12] Como se analizará más adelante, no constituye una condición para el disfrute de todos los derechos humanos fundamentales porque en las normas internacionales y regionales de protección de derechos humanos, éstos son reconocidos por regla a *todas* las personas bajo la jurisdicción del Estado[13], sin discriminación por origen nacional.[14]

II. Derecho a la nacionalidad: normativa

El artículo 20 de la CADH establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a una *nacionalidad.*
>
> 2. Toda persona tiene derecho a la *nacionalidad* del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
>
> 3. A nadie se privará arbitrariamente de su *nacionalidad* ni del derecho a cambiarla.[15]

Específicamente, la CADH recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto. En primer lugar, regula el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un piso mínimo de amparo jurídico al establecer su vinculación con un Estado determinado; y, en segundo lugar, establece el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria porque de ese modo se le privaría de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan precisamente en la nacionalidad del individuo.

Sobre el tema la Corte IDH, en la Opinión Consultiva No. 4, sostuvo que:

> La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.[16]

El derecho a la nacionalidad había sido originalmente reconocido en el sistema regional de protección de derechos humanos en la DADDH[17] de 1948 que, en su artículo 19, dispone que:

---

página 156; y Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, Derecho Internacional Público, Tomo I, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., 1988, página 381.

12 El Consejo de Derechos Humanos de la ONU lo ha reconocido de esta forma en sus numerosas Resoluciones, criterio que fue reiterado en las recientes Resoluciones: The Right to a nationality: women and children, A/HRC/20/L.8, adoptada el 5 de julio de 2012; y Human rights and arbitrary deprivation of nationality, A/HRC/20/L.9, adoptada el 5 de julio de 2012.

13 El problema que se plantea y que se analiza más adelante es que hay circunstancias en las cuales la apatridia sustrae a las personas de la protección legal y de intereses que normalmente les brindaría el Estado si fueran nacionales. Probablemente el caso más dramático sea el de la mujer casada con un extranjero en ciertos países del Oriente Medio, quien por ese acto claramente personalísimo pierde no obstante automáticamente su nacionalidad, por lo que sus hijos podrían convertirse en apátridas precisamente en Estados en los cuales los no nacionales no están protegidos por las Constituciones o por tratados internacionales por falta de ratificación.

14 Un ejemplo claro es el artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina.

15 Destacado agregado.

16 Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 35. Serie A No. 4.

17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Colombia (Bogotá) en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

> Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

En el ámbito universal este derecho también se encuentra expresamente regulado. En efecto, el artículo 15 de la DUDH[18] establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
>
> 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad".

Por su parte, el PIDCP,[19] en su artículo 24.3, estipula que:

> (…) 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

En relación con instrumentos internacionales de derechos humanos específicos, la Declaración de los Derechos del Niño[20] en el principio 3 establece que:

> El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

En tanto el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño[21] dispone:

> 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
>
> 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,[22] en el artículo 9, regula que:

> 1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad.
>
> Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
>
> 2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Finalmente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[23] en el artículo 18 dispone que:

---

[18] Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948 en París.

[19] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

[20] Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

[21] Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49), p. 167, ONU Doc. A/44/49. Aprobada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.
Un análisis sobre el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en Ziemele, Ineta, Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to know and be cared for by parent, en A commentary on the United Nations on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

[22] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979.

[23] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

> 1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las personas con discapacidad:
>
> a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad;
>
> b) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento;
>
> c) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio;
>
> d) No se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país.
>
> 2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

Por lo demás, si bien este derecho no está regulado directamente en un artículo autónomo de la CEDH, sí está contemplado en el marco de la propia Convención Europea y sus Protocolos. En efecto, el artículo 14 de la Convención Europea incluye a la nacionalidad como uno de los elementos en su cláusula de no discriminación; el artículo 16 habla de las restricciones a la actividad política de los extranjeros lo que de alguna forma implica reconocer que puede ser restringida pero no denegada, conforme las reglas de otros tratados; y los artículos 3 y 4 del Cuarto Protocolo y el artículo 1 del Séptimo Protocolo también abordan temas vinculados a la situación de los nacionales y no nacionales, entre otras normas. Por otro lado, ha sido objeto de una norma específica: el Convenio Europeo sobre Nacionalidad[24] del año 1997 que tiene por objeto establecer los principios y normas relativos a la nacionalidad de las personas y las normas que regulan las obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades.[25] Este Convenio define a la nacionalidad como "el vínculo jurídico entre una persona y un Estado y no indica el origen étnico de una persona".[26]

Complementariamente, las disposiciones de derecho interno respecto a la nacionalidad deben ser reconocidas por los demás Estados en la medida en que éstas no afecten los tratados o la costumbre internacionales.[27]

Al respecto, la Corte IDH sostuvo en la Opinión Consultiva No. 2 (El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana), que:

> [E]l objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad (…) Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[28]

Finalmente, afirmó que,

[24] Convenio Europeo sobre la nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997. Entrada en vigor el 1 de marzo de 2003.

[25] Convenio Europeo sobre la nacionalidad, artículo 1.

[26] Convenio Europeo sobre la nacionalidad, artículo 2 a).

[27] Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, *Derecho Internacional Público, Tomo I*, *op.cit*., página 381.

[28] Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (Arts. 74 y 75).* Opinión Consultiva OC 2/82, 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrs. 27 y 29 respectivamente.

> La Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.[29]

III. Nacionalidad / ciudadanía

El derecho a la nacionalidad no es un derecho político (*Cfr*. artículo 23 de la Convención Americana[30]) *sino un derecho reconocido a "toda persona"*.[31] En este sentido, la nacionalidad puede ser una de las condiciones exigidas por la ley para que una persona pueda llegar a ser ciudadano (*Cfr*. artículo 23.2 de la Convención Americana).

De ahí la estrecha relación entre el derecho a la nacionalidad reconocido por la Convención Americana a 'toda persona' y los derechos políticos que, según la mencionada Convención, se atribuyen en principio a 'todos los ciudadanos' (*Cfr*. artículo 23.1), sin perjuicio de la posibilidad de reglamentación por ley del ejercicio de este derecho por las razones enumeradas en el artículo 23.2 de este tratado.

IV. Nacionalidad: efectos

La nacionalidad tiene efectos en el derecho público interno y en el derecho internacional, entre otros:

- confiere a determinadas personas derechos políticos;
- habilita para desempeñar funciones públicas así como para ejercer determinados derechos o actividades que suelen estarles vedados a los extranjeros;
- habilita para obtener el pasaporte, retornar al país y, en caso de indigencia u otras dificultades extremas, para ser repatriado por el Estado; y
- habilita para obtener la protección diplomática del propio país en ciertos casos en que los derechos de las personas sean lesionados en el extranjero.

En esta línea, la Corte IDH entendió que la importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política.[32]

---

[29] *Ibidem*, párr. 33.

[30] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23 (Derechos Políticos) "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

[31] "Un aspecto digno de destacarse es que el catálogo de derechos protegidos por la Convención Americana es más extenso que el de cualquier otro instrumento internacional sobre protección de derechos humanos. (…) En materia de derechos civiles y políticos, la Convención consagra y desarrolla los mismos derechos ya reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y que comprenden el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho a un proceso regular (…), la prohibición de leyes penales ex post facto (…), el derecho a la protección de la honra, el derecho a la privacidad, la libertad de conciencia y religión, la libertad de expresión, el derecho de rectificación o de respuesta, el derecho de reunión, la libertad de asociación, el derecho a la nacionalidad, el derecho de circulación y residencia, los derechos políticos, el derecho a la igual protección de la ley, y el derecho a un recurso sencillo y rápido, que ampare al a persona contra actos que violen sus derechos fundamentales; a los anteriores (…)", (*Cfr*. Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.,* páginas 62 y 63).

[32] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.,* párr. 35.

La citada Corte en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* sostuvo que, como tal, la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión del individuo con el Estado; en otras palabras, es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.[33]

V. Nacionalidad: elementos

En principio, el derecho a la nacionalidad se integra por tres elementos:

- el derecho a adquirir una nacionalidad;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad; y
- derecho a cambiar la nacionalidad.[34]

Si bien este derecho está consagrado por los instrumentos anteriormente citados, no todos reconocen cada uno de los tres aspectos señalados. En este sentido, la DUDH (artículo 15), reconoce los tres; la DADDH (artículo 19) sólo el "derecho a tener la nacionalidad que legalmente le corresponda" así como el derecho a cambiarla; en tanto, la CADH (artículo 20) plantea un amplio reconocimiento al regular los tres aspectos. Por su parte, el PIDCP señala el derecho a adquirir una nacionalidad pero sólo en cuanto derecho del niño. Por otro lado, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce el "derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad" (artículo 18) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala el derecho de "adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad" (artículo 9).

1. Adquisición

a. Adquisición de la nacionalidad al momento del nacimiento

Al adquirir la nacionalidad de un determinado país se adquieren también ciertos derechos y obligaciones derivados, como se indicó, de la condición de ser parte de esa comunidad política.

Según la legislación de cada país, la atribución de la nacionalidad de una persona al momento de su nacimiento puede basarse en los siguientes principios:

a) *Jus sanguinis* o derecho de sangre. De acuerdo con este principio, la persona adquiere la nacionalidad de los ascendientes por el solo hecho de la filiación, a pesar de haber nacido en otro territorio.

b) *Jus soli* o derecho de suelo. Según este principio, la nacionalidad se adquiere por el lugar de nacimiento, independientemente de la nacionalidad de los padres. De conformidad con esta regla una persona puede tener más de una nacionalidad.[35]

---

[33] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.,* párrs. 136 y 137.

[34] O' Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano;* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004, páginas 563 y 564.

[35] En la República Argentina, desde la Constitución de 1853 es norma el *jus soli*, aunque ya se aplicaba el *jus soli* desde mucho antes. Este principio incluye a todos los nacidos en suelo argentino sea éste un consulado o una embajada en territorio extranjero, una nave o una aeronave de bandera argentina. Desde fines de la década de los 80, Argentina ha firmado convenios de doble nacionalidad con algunos Estados, principalmente con Italia y con España, por los cuales los descendientes de inmigrantes de tales países pueden acogerse al jus sanguinis, permaneciendo ciudadanos de tales países y sin perder ninguno de los derechos que tienen originalmente como ciudadanos argentinos/as. Francia y Reino Unido han aplicado tradicionalmente el jus soli. España utiliza el jus sanguinis así como una forma limitada del ius soli. Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Estados Unidos, Ecuador, Jamaica, México, Perú, Uruguay, Venezuela, Guayana Francesa, aplican también el *jus soli*, originalmente como respuesta a las necesidades de población europea para colonizar el continente.

De las diferentes normas transcriptas en el punto II, se advierten diversos criterios respecto al derecho de adquirir la nacionalidad. La DUDH expresa que "toda persona tiene derecho a una nacionalidad", en tanto para la DADDH "toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda". Por su parte, la CADH adopta el mismo principio general pero una vez más amplía el concepto al añadir que el Estado Parte está obligado a reconocer el *jus soli* para personas que, en su defecto serían apátridas.[36]

Cabe destacar que la ausencia de alguna referencia a la obligación del Estado respecto de la adquisición de la nacionalidad en las diferentes Declaraciones así como en el PIDCP debilita el reconocimiento de este derecho y deja a los Estados una amplia discreción en cuanto a las modalidades de su incorporación al derecho interno. Del mismo modo, la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 7), el PIDCP y la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias[37] (artículo 29[38]) reconocen el derecho del niño a la nacionalidad pero no precisan la naturaleza de las obligaciones del Estado.[39] Por estas razones, la obligación consagrada por la CADH (artículo 20.2) representa un significativo avance al respecto.

El instrumento que contribuye a llenar el vacío señalado es la Convención para reducir los casos de apatridia[40] que obliga a los Estados partes a permitir la adquisición de su nacionalidad por *jus soli* y por *jus sanguinis*, respecto de personas que, de otra forma, quedarían apátridas.[41]

Por su parte, la Corte IDH en numerosas oportunidades (en el *Caso Yatama vs. Nicaragua,*[42] en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico* y en la Opinión Consultiva No. 18) consideró que el "principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación" determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que contengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.[43] El máximo tribunal regional, en el mencionado *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, sostuvo que al denegarles la nacionalidad a las dos niñas la República Dominicana había actuado en forma contraria al interés superior del niño.[44]

---

[36] O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos,* Comisión Andina de Juristas, 1a.Edición, 1988, 2ª Edición 1989, páginas 206-232.
Estas normas no se aplican de modo exclusivo, sino que el jus soli y el jus sanguinis aparecen combinados de diversa manera. La situación particular de los apátridas es tratada en los incisos siguientes.

[37] Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

[38] Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, artículo 29: "Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad".

[39] En lo que se relaciona con la protección a la familia y del niño en particular, en consonancia con el artículo 11.2 de la Convención Americana, el artículo 8 de la referida Convención obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley), sin injerencias ilícitas. Además, dispone que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

[40] Convención para reducir los casos de Apatridia, adoptada por Conferencia de Plenipotenciarios el 30 de agosto de 1961, en cumplimiento de la Resolución 896 (IX) de la Asamblea General. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18.

[41] O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, op. cit.,* páginas 564-567.

[42] Sobre *Caso Yatama vs Nicaragua*, véanse también el comentario al artículo 2 de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller,el comentario al artículo 23 de José Luis Caballero Ochoa y Miguel Rábago Dorbecker, y el comentraio al artículo 4 de Rodrigo Uprimmy Yepes y Luz María Sánchez Duque, los cuales forman parte de esta obra.

[43] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, supra nota 13, párr. 185; Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, del 17. Opinión Consultiva OC 18/03, de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 88 y Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico, op. cit.,* párr. 141.

[44] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico, op. cit.,* párrs. 165 y 166.

b. Adquisición de la nacionalidad por medio de la naturalización

La adquisición de la nacionalidad a través de la naturalización requiere una manifestación de voluntad por parte de la persona y, además, una concesión –también voluntaria– por parte del Estado que la otorgue.

Para su otorgamiento es necesario que la persona que lo solicite reúna determinados requisitos especificados por las diferentes legislaciones; por ejemplo, aquellos tendientes a comprobar la vinculación del interesado con el país (residencia durante determinado tiempo, conocimiento de idioma), pérdida de nacionalidad anterior y no haber requerido otra nacionalidad por medio de la naturalización. En otras palabras, la naturalización es un reconocimiento que un Estado determinado brinda a quien desee y se encuentre en condiciones legales de ser miembro de su comunidad política.

La nacionalidad por medio de la naturalización confiere a la persona la condición de nacional pero no la coloca necesariamente en una situación de absoluta igualdad con relación al nacional de origen (por ejemplo, en determinadas sociedades el naturalizado no es elegible para el desempeño de altos cargos públicos).[45]

Finalmente, entre otras causas de revocación de la naturalización se encuentran la comisión de determinados delitos, algún tipo de inconducta manifiesta, el permanecer cierto tiempo fuera del país.

Al respecto, la Corte IDH, en la mencionada Opinión Consultiva No. 4 relacionada con la naturalización, consideró que una ley orientada a restringir las condiciones para adquirir la nacionalidad por naturalización pero que no prive a ningún nacional de su nacionalidad ni de su derecho de cambiarla no puede considerarse incompatible con lo dispuesto por el artículo 20 de la Convención Americana.[46] En otras palabras, consideró que el citado artículo 20 no limitaba la discreción que siempre ha caracterizado la potestad de los Estados con respecto a la naturalización, en virtud de que:

> Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones, enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad.[47]

En este sentido, estimó razonable el establecimiento de requisitos para la naturalización, tales como el conocimiento del idioma, la historia y los valores nacionales.[48]

---

[45] *Ibid.*

[46] Corte IDH, Opinión Consultiva 4/84, *op. cit.,* párrs. 42 y 48.

[47] *Ibidem*, párr. 36.

[48] *Ibidem*, párr. 63. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que denegar la naturalización con base en los antecedentes penales de una persona no sería arbitrario, aun cuando esta persona tuviese vínculos estrechos con el país. (Comité de Derechos Humanos, Caso Stewart c. Canadá, 1994).

c. Adquisición de la nacionalidad por la mujer a consecuencia del matrimonio

Durante el siglo XIX en numerosas legislaciones regía el principio según el cual la mujer adquiría la nacionalidad del marido por el hecho de contraer matrimonio. Con los años se advirtió que estas disposiciones generaban numerosos problemas como, por ejemplo, que en ciertas oportunidades la mujer perdía la nacionalidad de origen sin adquirir la nacionalidad del marido o adquiría dos nacionalidades y, sobre todo, la voluntad de la mujer involucrada no era tomada en cuenta.[49] Por ello, la Convención sobre nacionalidad de la Mujer[50] de 1933 contempló el problema más general de la discriminación por sexo y estableció que la legislación o prácticas de los Estados contratantes no debían establecer distinciones con respecto a la nacionalidad basadas en el sexo.[51]

Posteriomente, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada[52] del año 1957 dispuso en su artículo 1 que, "(…) ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer". Asimismo, estableció que si uno de sus nacionales adquiere voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o renuncia a su nacionalidad, ello no constituye impedimento para que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee.[53] Además, la mujer extranjera casada podrá adquirir la nacionalidad del marido mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, si así lo solicitare. Finalmente, prescribió que estas disposiciones no podrían interpretarse de modo que afectasen a la legislación o a la práctica judicial que permitía a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir, si lo solicitare, la nacionalidad del marido.[54]

En sentido similar, la Convención para reducir los casos de Apatridia señala que: "(…) si la legislación de un Estado contratante prevé la pérdida de la nacionalidad como consecuencia de un cambio de estado tal como el matrimonio, dicha perdida estará subordinada a la posesión o la adquisición de la nacionalidad de otro Estado (…)"[55]

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias oportunidades respecto del tema en cuestión. En este sentido, y de forma complementaria a los tratados mencionados, deben tenerse en consideración a la Observación General del Comité de Derechos Humanos No. 4 (Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos[56]); la Observación General No. 18 (No discriminación[57]); la Observación General No. 23 (Derecho de las minorías[58]); la Observación General No. 25 (La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto[59]); la

[49] Ver supra nota al pie sobre el inciso de la normativa internacional en la que se expone la problemática en la que la apatridia sustrae a las personas de la protección legal internacional, y la situación de las mujeres casadas con un extranjero en Medio Oriente.

[50] Convención sobre nacionalidad de la Mujer, adoptada en Montevideo en el marco de la Séptima Conferencia Internacional Americana el 26 de diciembre de 1933. Entrada en vigor: 29 de agosto de 1934.

[51] Convención sobre nacionalidad de la Mujer, artículo 1.

[52] Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1040 (XI), del 29 de enero de 1957. Entrada en vigor: 11 de agosto de 1958, de conformidad con el artículo 6.

[53] Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, artículo 2.

[54] Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, artículo 3.

[55] Convención para reducir los casos de Apatridia, artículo 5.1. En este sentido, cabe señalar la Convención sobre nacionalidad de la mujer casada, Convención sobre la nacionalidad de las mujeres casadas, Resolución de la Asamblea General, 1040, XI, 1957.

[56] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 4, Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos, 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141 (1981).

[57] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

[58] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994).

[59] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

Observación General No. 27 (Libertad de circulación[60]); y la Observación General No. 28 (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres).[61]

Finalmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece sobre el tema que "los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad". Por lo demás, "garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge".[62]

2. Derecho a cambiar de nacionalidad

La DADDH señala que toda persona tiene derecho a cambiar la nacionalidad si así lo desea por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela. Por su parte, como fuera señalado, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que la mujer tiene derecho de cambiar su nacionalidad.[63]

La Comisión IDH sostuvo, en el *Caso Estiverne vs. Haití,*[64] al resolver sobre la recuperación de la nacionalidad haitiana del peticionante que se había convertido en ciudadano estadounidense, que el derecho a cambiar de nacionalidad comprendía el derecho de una persona que había renunciado a su nacionalidad de origen mientras vivía en el exilio durante un largo período de represión a recuperar su nacionalidad original.

3. Privación de la nacionalidad. Casos de los apátridas

El derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto según la normativa internacional.[65]

---

[60] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202 (1999).

[61] El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 28 sostuvo que la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos esta profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto. En este sentido, deben adoptar todas las medidas necesarias para hacerlo posible así como eliminar los obstáculos que se interpongan en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar las legislaciones internas; en otras palabras, adoptar medidas de protección y medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria. Los Estados son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. En especial, deberán cerciorarse de que no haya discriminación por razones de sexo en relación con la adquisición o la pérdida de la nacionalidad en razón del matrimonio, los derechos de residencia, entre otros. Los Estados partes deberán proporcionar información acerca de las disposiciones legislativas o las prácticas que restrinjan el derecho de la mujer a la libertad de circulación; por ejemplo, el ejercicio de atribuciones del marido sobre la esposa o atribuciones del padres sobre las hijas adultas y las exigencias de hecho o de derecho que impidan a la mujer viajar, como el consentimiento de un tercero para que se expida un pasaporte u otro tipo de documento de viaje a una mujer adulta. (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68 período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000)).

[62] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 9 inc.1.

[63] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 9.

[64] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 20/88, Caso 9855, Estiverne c. Haiti, del 24 de marzo de 1988.

[65] Alguna literatura considera al *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Corte IDH, Serie C No. 52, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*) como un caso sobre nacionalidad pero no lo es en sentido estricto. Allí se debatió la compatibilidad de la Convención Americana con la aplicación de legislación penal antiterrorista y justicia penal militar, sin las garantías del debido proceso así como las condiciones de detención impuestas a personas acusadas de terrorismo. La demanda se había basado en que el Estado de Perú había violado el artículo 20 de la Convención Americana al juzgar y condenar

La nacionalidad puede perderse en determinados casos por disposición del Estado de origen, con fundamento en ciertas causas que comportan la desvinculación de la persona respecto de ese país. A esta situación se la denomina apatridia.[66]

La apatridia, que fue reconocida por primera vez como un problema global durante la primera mitad de la siglo XX, puede ser resultado de disputas entre los Estados acerca de la identidad jurídica de los particulares, la sucesión de Estados, la marginación prolongada de grupos específicos dentro de

a ciudadanos chilenos por el delito de traición a la patria, sin tener en consideración que Perú no era la "patria" de los acusados, además de haber vulnerado otras garantías de los peticionantes. La Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado no había violado el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pero, no obstante, si había violado los artículos 1.1, 2, 7.6, 8 y 25 de la Convención Americana. El problema fue que la denominación del tipo penal en la legislación peruana como "traición a la patria" en lugar de "rebelión" u otras denominaciones comúnmente utilizadas en legislación sobre seguridad nacional en el contexto del caso era casi anecdótica ya que el contenido de la norma en sí era legislación antiterrorista latinoamericana característica de la época y no respondía a la clásica tipología de "traición a la patria". La discusión sobre el *nomen juris* oscureció el hecho de que, en definitiva, se trataba de una norma antiterrorista destinada a aplicarse a nacionales y extranjeros por igual (salvo salvaguardas consulares), pero que fue nombrada de forma confusa por decir lo menos. En la discusión del caso se enfatizó el problema de la imposibilidad de aplicar el tipo de "traición a la patria" peruana a una persona de nacionalidad chilena, pero como se mencionó, ello quitó la atención del problema central que planteaban los hechos.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH consideró que el cambio de identidad de una niña sustraída de su familia para ser entregada a otra, conllevó una afectación arbitraria a su nacionalidad, pues sus padres eran argentinos y ella fue entregada a una familia uruguaya (párr..128). La violación del Estado uruguayo se desprendió de una interpretación extensiva del artículo 20, a la luz del derecho a la identidad.

[66] "Es seguro que en el siglo XIX la carencia de nacionalidad no dejó de plantearse como un problema político en Europa, con la emigración que siguió a los movimientos revolucionarios de 1848 y con grupos como los gitanos y los judíos, que no eran necesariamente considerados naturales de ningún país. por eso el término apátrida –que significa, para un individuo, ser extranjero en todos los países y por ende carecer de derechos políticos y sufrir restricciones en materia de derechos civiles— surge en el siglo XIX, mostrando la existencia del problema (…) El fin de la primera Guerra Mundial, sin embargo, modificó radicalmente ese patrón con la aparición, en escala numéricamente inédita, de personas que no eran bienvenidas en ningún sitio y que no podían ser asimiladas en ninguna parte. Esas personas desplazadas, (observa Hannah Arendt), se convirtieron en la escoria de la tierra, pues al perder sus hogares, su ciudadanía y sus derechos se vieron expulsados de la trinidad Estado-Pueblo-Territorio. Pasaron a ser personas desplazadas en el ámbito de un sistema interestatal basado en el principio de las nacionalidades". En este sentido, "[a]ntes de la Primera Guerra Mundial, el número de apátridas en un determinado país era relativamente pequeño, y la posibilidad de las personas de cruzar fronteras sin pasaportes ni visas y permanecer sin ser molestadas en países de residencia provisoria, hacía que el problema de la apatridia tuviera un interés internacional relativamente insignificante. Sin embargo, las medidas masivas de desnacionalización puestas en práctica por los regímenes soviético, fascista y nazi, por razones políticas o raciales, crearon grupos significativamente grandes de apátridas y motivaron esfuerzos internacionales por perfeccionar el status jurídico de los apátridas y eliminar la apatridia automática causada por conflicto de leyes de nacionalidad (…) En efecto, el número de personas convertidas en apátridas, no por lo que hicieron sino simplemente por lo que eran, hizo difícil la aplicación del derecho de asilo territorial, que es un instituto concebido para ser aplicado individualmente. Un individuo se beneficia del asilo por haber sido acusado, en un país, de la práctica de crímenes políticos –de pensamiento o de acción— que el Estado que concede el asilo entiende que no deben ser castigados. Por eso mismo el asilo no es un derecho para atender a un gran número de personas, es un derecho para individuos y por esa razón en este periodo sólo sirvió para aquellos cuya fama y reputación los distinguían de loas multitudes de apátridas anónimos. Del mismo modo, no eran aplicables a la multitud de apátridas los institutos clásicos de naturalización y repatriación (….) Esos seres sin privilegios ni podían recurrir a los derechos humanos y esa situación dio inicio a la ruptura, ya que tuvo consecuencias jurídicas extremadamente serias en un contexto que llegó a caracterizarse por el cambio del patrón de normalidad del sistema interestatal vigente hasta entonces, que se basaba en la premisa de la distribución regular de los individuos entre los Estados de los que eran nacionales", (*Cfr*. Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, op. cit*., páginas 160, 162, 166 Y 167 respectivamente). Ver, además, Kesby, Alison, *The Right to have Rights, Cityzentship, Humanity, and International Law*, Oxford University Press, 2012. En el mismo sentido clásico: "(…) la apatridia es una situación anormal que tiene serias consecuencias legales para la persona y el Estado. En países que siguen el 'sistema de la nacionalidad' para la determinación del estado civil y la capacidad de las personas, el apátrida puede verse imposibilitado de ejercer los derechos civiles, y a fin de evitar tal extremo las leyes locales han debido disponer que para esos individuos rige la ley del domicilio. Pero subsisten otras consecuencias no menos graves: aquellas personas, puesto que carecen de nacionalidad, no pueden obtener pasaporte ni pueden ser objeto de protección diplomática, y en caso de expulsión sucede a menudo que no encuentran país que las admita". (*Cfr*. Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, *Derecho Internacional Público, op. cit.,* página 403).

la sociedad, o de despojar a los individuos o grupos de su nacionalidad. La apatridia es normalmente asociada a los períodos de cambio profundo en las relaciones internacionales.[67]

Tanto la DUDH como la DADDH y la CADH imponen una misma condición a la privación de nacionalidad: que no se lleve a cabo en forma arbitraria. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece "que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambian automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obligan a adoptar la nacionalidad del cónyuge".[68]

La apatridia está regulada tanto por la Convención relativa al estatuto de los Apátridas[69] cuanto por la Convención para reducir los casos de apatridia.[70]

La Convención relativa al estatuto de los Apátridas define a una persona apátrida como "(…) toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".[71] De este modo, el apátrida tiene la obligación de acatar las leyes y reglamentos del país donde se encuentre.[72]

La Convención para reducir los casos de apatridia en su artículo 1 establece que "todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida (…)" Según el citado artículo la nacionalidad se concederá:

a) de pleno derecho en el momento del nacimiento, o

b) mediante una solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o

c) en su nombre, en la forma prescripta por la legislación del Estado de que se trate.

Así, la citada Convención señala que cada Estado podrá subordinar la concesión de su nacionalidad a determinadas condiciones (por ejemplo, que el interesado haya residido habitualmente en el territorio nacional por un período fijado por el Estado contratante, que no haya sido condenado por un delito contra la seguridad nacional ni a una pena de cinco o más años de prisión por un hecho criminal, que no haya adquirido una nacionalidad al nacer o posteriormente).[73]

La Corte IDH en el mencionado *Caso de las Niñas Yean y Bosico* sostuvo al respecto que:

> Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un

---

67 Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarias, Inter-Parliamentary Union 2005 Published by the Inter-Parliamentary Union with the United Nations High Commissioner for Refugees No. 11, 2005.

68 *Cfr*. Derecho internacional de los Derechos Humanos, *op. cit*., página 566.

69 Convención relativa al estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39.
El Estatuto "vincula a 32 Estados, busca conferir a los destituidos de nacionalidad los beneficios de la legalidad en el Estado en que se encuentran, concediéndoles tratamiento nacional en ciertas materias –como libertad de religión (art. 4°), propiedad intelectual e industrial (art. 14), derecho de acceso a los tribunales (art. 16), educación pública (art. 22)— y tratamiento igual al dispensado a los extranjeros en general en otras, como propiedad mobiliaria e inmobiliaria (art. 13), profesiones asalariadas (art. 17), profesiones liberales (art. 19), alojamiento (art. 21), libertad de circulación (art. 26). El Estatuto limita el arbitrio del Estado en lo que toca a la expulsión (art. 31) y estimula la asimilación y naturalización de los apátridas (art. 32)", (*Cfr*. Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, op. cit*., página 177).

70 Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la Resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954.

71 Convención relativa al estatuto de los Apátridas, artículo 1.

72 Convención relativa al estatuto de los Apartidas, artículo 2.

73 Convención para reducir los casos de apatridia, artículo 1.

> Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.[74]

Seguidamente, el citado tribunal señaló que:

> Una persona apátrida, (…) no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica.[75]

En definitiva, afirmó que:

> Este Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad (…)[l]a situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).[76]

Como se señaló, el PIDCP refiere el derecho a la nacionalidad pero sólo con relación a los niños, sin precisar otras obligaciones del Estado. La Convención sobre Derechos del Niño en el artículo 7 garantiza el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad y, a pesar de que la redacción del artículo es clara, no lo es la forma en que opera este derecho respecto de la obligación de los Estados. En este tema, el Comité de Derechos del niño cumple un rol fundamental a fin de esclarecer las obligaciones de los Estados respecto de los niños apátridas.[77]

---

[74] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 142.

[75] *Ibidem*, párr. 178. En este sentido, se ha señalado que: "El apátrida no encuentra un lugar en la familia de las naciones, y de ese modo pierde, en primer lugar su elemento básico de conexión con el derecho internacional público, que es la nacionalidad, puesto que el nexo tradicional entre el individuo y el derecho de gentes se establece a través de al nacionalidad, que permite la protección diplomática, resultante de la competencia del Estado en relación con sus nacionales. La condición de apátrida provoca también la pérdida de un elemento de conexión con el orden jurídico interno de los Estados, que afecta la vida de las instituciones jurídicas en forma radicalmente nueva y nada tiene que ver con la clásica distinción entre nacionales y extranjeros. En efecto, el apátrida, sin derecho a residir ni a trabajar, vivía permanentemente al margen de la ley, transgrediendo el orden jurídico del país en que se hallaba, sin cometer ningún delito, estaba siempre expuesto a ir a la cárcel, ya que su mera presencia y existencia en un territorio nacional constituía una anomalía. Por eso para el apátrida la única manera de establecer un vínculo apropiado con el orden jurídico nacional era cometer efectivamente un delito (…) una forma paradójica de recuperar cierta igualdad humana, porque en cuanto delincuente, en un Estado de derecho, el apátrida se veía tratado igual que cualquier otra persona en las mismas condiciones (…) era frecuentando el Código Penal común a todos que el apátrida se convertía en una persona, un sujeto dotado de derechos y obligaciones, recuperando de ese modo la condición humana"., (*Cfr*. Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, op. cit.,* páginas 168 y 169).

[76] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.,* párrs. 172 y 173 respectivamente. En este sentido, Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158; Coerte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, supra nota 85, párr. 129, y Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 párr. 153.

[77] El Open Society Justice Initiative recomienda, entre otras cosas, que el Comité de Derechos del Niño emita un comentario general sobre los artículos 7 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, teniendo en consideración el interés superior del niño, a fin de que ningún niño sea privado arbitrariamente de su nacionalidad y, además, que los Estados busquen alternativas para reducir y evitar la apatridia. Por lo demás, señala que el derecho a la nacionalidad de los niños implica que cada niño tiene derecho a la nacionalidad del estado en el que nace, de lo contrario sería apátrida. Esta obligación

Por otro lado, el 5 de julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó una importante resolución (*The Right to a nationality: women and children*) sobre el derecho a la nacionalidad que se centra específicamente en la situación de las mujeres y los niños.[78] Esta Resolución constituye un paso importante en el fortalecimiento de las normas jurídicas internacionales que regulan este derecho orientado tanto a la protección de aquellos que no tienen nacionalidad cuanto a la de quienes sufren una grave discriminación cuando tratan de obtener una prueba de su nacionalidad.[79] El Consejo reiteró en el texto mencionado que el derecho a una nacionalidad es un derecho humano universal y que nadie puede ser arbitrariamente negado o privado de su nacionalidad, en particular por motivos discriminatorios como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional u origen, posición económica, nacimiento, discapacidad o cualquier otra condición.

La apatridia afecta a millones de personas en todo el mundo, entre los cuales los más vulnerables son los niños. Las consecuencias de la falta de la nacionalidad son numerosas y graves. Muchos de los niños apátridas crecen en condiciones de extrema pobreza y se les niegan los derechos y servicios básicos, como el acceso a la educación y la salud.[80] Por lo demás, la falta de documentos de identidad limita la libertad de movimiento o circulación y, muchas veces, quedan sujetos a deportaciones y detenciones arbitrarias prolongadas, lo que los ubica en una situación de extrema vulnerabilidad, de exclusión social y de explotación. El citado Consejo sostuvo que la prevención y reducción de la apatridia son primordialmente responsabilidad de los Estados.

La citada Resolución del Consejo de Derechos Humanos reconoce las enormes dificultades que enfrentan los niños apátridas y reclama a los gobiernos de todo el mundo reformar las legislaciones que discriminen a la mujer.[81] Además, requiere a los Estados que garanticen el debido proceso en todos los asuntos relacionados con la nacionalidad y que proporcionen recursos efectivos para su obtención. De todos modos, sólo alienta a los Estados a “facilitar, de conformidad con su legislación nacional, la adquisición de la nacionalidad de los niños nacidos en sus territorios o de sus nacionales en el extranjero que de otro modo serían apátrida”, sin reconocer expresamente el derecho a la nacionalidad de los niños no nacidos en el país donde residen habitualmente.

---

está en conformidad con las normas regionales de Europa, África y las Américas. Los niños tienen derecho a adquirir una nacionalidad sobre una base no discriminatoria, sin importar su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad, nacimiento o cualquier otra circunstancia. Además, la ley no debe permitir la discriminación respecto de la adquisición de la nacionalidad entre aquellos niños nacidos dentro y fuera del matrimonio. En consiguiente, los Estados tienen la obligación de registrar inmediatamente luego del nacimiento a todos los niños nacidos en su territorio y de proporcionarles los documentos necesarios para probar su nacionalidad. Por lo demás, la ley debería disponer que aquel niño que se encuentre en el territorio del Estado se considerará que, en ausencia de pruebas claras de lo contrario, ha nacido dentro del territorio del cual son nacionales los padres. *Los Estados tienen la obligación de otorgar la nacionalidad a niños apátridas que no han nacido en su territorio pero que tienen una residencia habitual*. Al respecto, los Estados podrán requerir un determinado período de residencia antes de la solicitud de la nacionalidad, pero este período no podrá extenderse más allá de los cinco años. (Open Society Justice Initiative, Children’s Right to nationality, http://www.soros.org/sites/default/files/children-right-nationality-20110202.pdf)

[78] Consejo de Derechos Humanos, The Right to a nationality: women and children, Resolución A/HRC/20/L.8, adoptada el 5 de julio de 2012.

[79] La resolución del Consejo de Derechos Humanos es la culminación de casi dos años de la defensa de la Open Society Justice Initiative. La idea fue propuesta, en el año 2010, al Departamento de Estado de EE.UU. como una medida para fortalecer el derecho del niño a la nacionalidad, un problema que se superpone de manera significativa con la preocupación acerca de la discriminación contra la mujer en las leyes de nacionalidad así como en las prácticas.

[80] En muchos Estados se les niegan el acceso a la educación básica en las escuelas públicas: si un certificado de nacimiento del niño tiene escrita la palabra “extranjero”, o si el niño no tiene un certificado de nacimiento, no se lo inscribe (como sucedió con las niñas Yean y Bosico en República Dominicana).

[81] Según el ACNUR (Agencia de la ONU para los refugiados que tiene por función dirigir y coordinar la acción internacional para proteger y resolver los problemas de los refugiados en todo el mundo), por lo menos 26 países todavía tienen leyes que discriminan a la nacionalidad. Por ejemplo, Kuwait y Arabia Saudita (ambos miembros del Consejo de Derechos Humanos), al no permitir que sus ciudadanas y ciudadanos puedan transmitir la nacionalidad a sus hijos.

4. Doble o múltiple nacionalidad y status migratorio

Una persona puede beneficiarse con una *nacionalidad doble o múltiple,* situación que se configura cuando es reconocida como ciudadana de varios Estados. Esta circunstancia dependerá de la legislación adoptada por cada Estado así como de los acuerdos entre estos. Como se explicó, algunos países otorgan la ciudadanía automáticamente al nacer (*jus sanguinis*) o, cuando la persona nace en suelo nacional (*jus soli*); también se puede conceder al momento de contraerse matrimonio y, además, a través de la naturalización.

Todos los instrumentos internacionales reseñados, salvo el PIDCP, reconocen el derecho a renunciar a la nacionalidad para adquirir otra.

En cuanto al estatus migratorio, la Corte IDH sostuvo en el citado *Caso de las Niñas Yean y Bosico* que tal circunstancia no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad; en otras palabras, la calidad migratoria no puede constituir una justificación válida para privar del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de los derechos que se derivan de ésta. Asimismo, señaló que el estatus migratorio no se trasmite a los hijos.[82]

5. Privación, pérdida, renuncia y readquisición de la nacionalidad

El derecho a no ser privado de la nacionalidad no es absoluto. Lo que se prohíbe expresamente en la DUDH, la DADDH y la CADH *es su privación arbitraria***.**

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que "ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambian automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obligan a adoptar la nacionalidad del cónyuge".[83] En tanto, la Convención para reducir los casos de apatridia condiciona la privación a la posesión o adquisición de otra nacionalidad.[84]

Sobre el tema, la Comisión Interamericana ha señalado que:

> (…) el derecho a poseer una nacionalidad y no ser privado arbitrariamente de ella ha sido reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Tal elemental derecho, por otra parte, ha sido respetado por todos los países del hemisferio, los cuales han contemplado en sus constituciones la perdida de la nacionalidad únicamente en virtud de causales que importan una verdadera desvinculación voluntaria de la persona –manifestada implícita o explícitamente– con respecto al Estado del que es nacional. La pérdida de la nacionalidad como sanción por actos políticos ha sido una muestra de intolerancia extraña a la legislación y práctica de este hemisferio, y ha constituido una grave regresión.[85]

La Corte IDH sostuvo en el mencionado *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* que el derecho nacional no reconocía la pérdida de nacionalidad sino por renuncia expresa y concluyó que el recurrente había sido privado de su nacionalidad en forma ilegal (basados en motivos no reconocido por la legislación y por haber sido decretada por un órgano sin competencia), circunstancia violatoria del artículo 20 de la Convención Americana. Asimismo, sostuvo que el hecho de que la víctima fuese peruana por

---

[82] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 156. Por otro lado, "La Comisión ha criticado reiteradamente la práctica de algunos Estados de negar por motivos políticos visas de salida o pasaportes a sus nacionales, recalcando así que la negación del derecho de salir del país a manera de sanción para los opositores políticos o sus familiares es claramente violatoria de la normativa internacional", (*Cfr*. CIDH, Informe Cuba (1985), página 130, párr. 41; Informe Surinam (1985), páginas 42-45; Informe Anual 1983-84, página 124 (Paraguay).

[83] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 9.

[84] Convención para reducir los casos de apatridia, artículos 5 a 9.

[85] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile (1985), página 157, párrs. 1-2.

naturalización no era un factor relevante, ya que la Convención Americana reconoce el derecho a la nacionalidad sin diferenciar la forma en que esta haya sido adquirida (es decir, por nacimiento, naturalización o por algún otro medio). Asimismo, en este precedente se amplió el "elenco mínimo de garantías" del derecho penal, para aplicarlo también a los procedimientos administrativos de pérdida de la nacionalidad.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27 sobre Libertad de circulación indicó que la privación de nacionalidad puede configurar una modalidad de la privación del derecho a entrar a su propio país.[86]

Por lo demás, la CADH establece que ni la existencia de un estado de guerra o un estado de sitio podrían justificar la privación involuntaria de la nacionalidad ni de los derechos y garantías derivadas de esta.[87]

Por su parte, la Convención para reducir los casos de apatridia establece que si la legislación de un Estado previese la renuncia a la nacionalidad, dicha renuncia sólo será efectiva si el interesado tiene o adquiere otra nacionalidad.[88] Asimismo, este tratado sostiene que los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esta privación lo convierte en apátrida.[89] Sin embargo, el Estado podrá privar de la nacionalidad a una persona si se dan determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude.[90]

La mencionada Convención dispone que en ningún caso el Estado podrá valerse de argumentos basados en motivos raciales, étnicos, religiosos ni políticos para privar de nacionalidad a ninguna persona.[91]

La Comisión Interamericana consideró a la pérdida de la nacionalidad fundada en el hecho de salir del país de origen como "una grave violación del derecho de residencia y transito y del derecho a la nacionalidad que la Comisión condena enfáticamente".[92]

La nacionalidad perdida por naturalización en el extranjero puede readquirirse, según algunas legislaciones, mediante determinados requisitos como el retorno al país y, en ciertas ocasiones, la radicación durante algún tiempo, acompañado o no de una manifestación de voluntad y de renuncia a la nacionalidad adquirida.

VI. Restricción del derecho a la nacionalidad con otros derechos

1. Derecho de residencia, circulación y asilo

El derecho a la nacionalidad está estrechamente vinculado con el derecho de residencia, circulación y asilo.

Derecho de residencia y circulación[93]

La CADH establece en su artículo 22 que:

> 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene *derecho a circular por el mismo y, a residir en él* con sujeción a las disposiciones legales (…)

[86] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación (art. 12), *op. cit.,* párr. 21.
[87] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27 inc. 2.
[88] Convención para reducir los casos de apátrida, artículo 7.1. a).
[89] Convención para reducir los casos de apátrida, artículo 8.1.
[90] Convención para reducir los casos de apátrida, artículos 8.2. y 8.3.
[91] Convención para reducir los casos de apátrida, artículo 9.
[92] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de los derechos humanos en Cuba, Séptimo Informe (1983), página 131, párr. 42.
[93] Sobre el derecho de residencia y circulación, véase el comentario al artículo 22 a cargo de Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque el cual forma parte de esta obra.

> 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
>
> 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
>
> 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo (…)[94]

Por su parte, la DADDH, en su artículo 8, dispone que:

> Toda persona tiene el *derecho de fijar su residencia* en el territorio del Estado de que es nacional, *de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad*.[95]

La DUDH establece en los artículos 9 y 13 que:

> Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (artículo 9), y
>
> 1. Toda persona tiene *derecho a circular libremente y a elegir su residencia* en el territorio de un Estado.
>
> 2. Toda persona tiene *derecho a salir* de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país. (artículo 13).[96]

El PIDCP, en el artículo 12 expresa:

> 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá *derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia* (…)
>
> 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
>
> 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.[97]

La Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, en el artículo 39, establece:

> 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.
>
> 2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención.

Con relación al derecho de residencia, la Comisión Interamericana –en el Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile– sostuvo que:

> (…) la posibilidad de ingreso y residencia sólo puede ser restringida a quien no se halla ligado jurídicamente al Estado por el vínculo de la nacionalidad. El Estado no se encuentra obligado a aceptar el ingreso de nacionalidad. El Estado no se encuentra obligado a aceptar el ingreso de cualquier extranjero, pero no puede negárselo a sus nacionales. Si hay un derecho que, en principio,

[94] Destacado agregado.
[95] Destacado agregado.
[96] Destacado agregado.
[97] Destacado agregado.

es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humanos que la doctrina lo llama 'atributo de la personalidad'.[98]

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos sostuvo en la Observaciòn General No. 27 que el derecho a la libertad de residencia y circulación se aplica en todo el territorio de un Estado, incluso tratándose de Estados federativos, y que el artículo 12 del PIDCP no permite prohibir la entrada y permanencia de una persona a una parte especifica del territorio.[99]

El derecho de residencia incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado, salvo que el desplazamiento cumpla con los requisitos de legalidad y necesidad establecidos en el artículo 12 párrafo 3 del PIDCP.[100]

La libertad de circulación puede ser considerada como "patrimonio de todo individuo" que consiste en el derecho de "desplazarse sin escollo dentro del territorio del país en el cual uno se encuentra".[101] Al respecto, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.[102]

En relación con la libertad de circulación, la DUDH la reconoce como un derecho de toda persona,[103] en tanto la Declaración Americana como un derecho de los nacionales de un Estado.[104]

El PIDCP y la CADH hacen extensivo el derecho de desplazarse libremente como de escoger su lugar de residencia, a toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado Parte.[105]

La determinación de si un extranjero se encuentra "legalmente" dentro del territorio de un Estado, es una cuestión regida por el derecho interno, el que puede acordar restricciones a la entrada de extranjeros a su estado siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado.[106] De esta forma, ningún Estado puede denegar en absoluto, la entrada de extranjeros en su territorio. Esto se halla asegurado en muchos casos por vía de acuerdos. No obstante ello, como fuera señalado, el Estado ejerce el derecho, fundado en motivos de orden público, de reglamentar las condiciones de entrada, permanencia y tránsito de los extranjeros. Esta reglamentación tiene en vista impedir que la admisión de individuos no vinculados al país constituya una carga injustificada para la comunidad o provoque un desequilibrio social o político. Por consiguiente, se puede prohibir la entrada de personas inhabilitadas

[98] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile (1985), página 141, párr. 5.

[99] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación… *op. cit*., párrs. 5 y 7.

[100] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación… *op. cit.,* párr. 7.

[101] *Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, página 562.

[102] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación… *op. cit*., párr. 1.

[103] Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13: "1.Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

[104] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VIII: "Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad".

[105] *Cfr*. el párr. 1 del artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho a circular de una parte a otra y a establecerse en lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Todo tipo de restricción debe adecuarse al artículo 12 párr. 3.

[106] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación, *op. cit*., párrs. 2 y 4. Asimismo, el Comité señaló que: "(…) se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12. Una vez que una persona se encuentra legalmente dentro de un Estado, todas las restricciones a sus derechos garantizados por los párrs. 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente del dado a los naciones, deberán justificarse en virtud de las normas establecidas en el párr. 3 del artículo 12.(…)", (*Ibidem*, párr. 4).

legalmente (es decir, los extranjeros expulsados con anterioridad) o la de personas condenadas por determinada clase de crímenes.

Concretamente, la Convención Americana permite limitar la libertad de circulación interna y de residencia en conformidad con el principio de necesidad para la protección de los bienes jurídicos que enumera en el inciso 3 del artículo 22.[107]

Con relación a las posibles restricciones a estos derechos, el Comité de Derechos Humanos, en la mencionada Observación General No. 27 sobre Libertad de circulación, indicó que los Estados deben guiarse por el principio de que tales restricciones no deben comprometer la esencia del derecho. En este sentido, las leyes que autoricen su aplicación deben "utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación".[108] De esta forma, el citado Comité sostuvo que:

> (…) no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; (…), y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.[109]

Finalmente, agregó que;

> El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.[110]

2. El derecho a salir del territorio. Régimen de pasaportes

La CADH establece en su artículo 22. 2 y 3 que:

> 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
>
> 3. El ejercicio de los derechos anteriores *no puede ser restringido sino en virtud de una ley,* en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.[111]

La DUDH, dispone en el artículo 13.2 que,

> 2. *Toda persona tiene derecho a salir* de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.[112]

El PIDCP, en el artículo 12.2, establece:

> 2. *Toda persona tendrá derecho a salir* libremente de cualquier país, incluso del propio.
>
> 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la

[107] Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 22 inciso 3: "El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (…)".

[108] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación, *op. cit.*, párr. 13.

[109] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación, *op. cit.*, párr. 14.

[110] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación, *op. cit.*, párr. 15.

[111] Destacado agregado.

[112] Destacado agregado.

> moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.[113]

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 10 dispone que:

> 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, *los* Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Toda persona tiene derecho de salir del territorio de un Estado, derecho que no puede depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país.[114] Este derecho es una manifestación de la libertad de circulación en el ámbito internacional.[115]

La DUDH, el PIDCP y la CADH reconocen el derecho de salir de cualquier país (incluso el propio) y los dos últimos instrumentos señalan que este derecho sólo podrá ser restringido a fin de preservar determinados bienes jurídicos (seguridad pública, salud, moral, entre otros), en conformidad con los principios de legalidad y necesidad.[116]

Esta obligación de permitir y facilitar la salida de personas que deseen ejercer este derecho recae básicamente sobre el país de nacionalidad; no obstante, el país en cuyo territorio se encuentre el extranjero, también tiene la obligación de respetar este derecho.

Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos indicó que:

> La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica.[117]

De esta manera, las posibles restricciones para salir del territorio deben ser compatibles con el resto de los derechos y con los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que las distinciones basadas en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social constituiría una clara violación del Pacto:[118]

---

[113] Destacado agregado.

[114] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación, *op. cit*., párr. 8.

[115] En relación con el derecho a abandonar y retornar al territorio, ver también la postura de la CIDH en el Informe No 51/01 sobre la responsabilidad internacional de los EEUU por la detención indefinida de personas de nacionalidad cubana (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros. Estados Unidos de América, 4 de abril de 2001, párrs. 195 y siguientes, www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903c.htm).
Sobre el derecho a salir libremente de un país, vease también el comentario al artículo 22, de Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, el cual forma parte de esta obra.

[116] O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit*.,páginas 213 y 214.

[117] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación, *op. cit*., párr. 7.

[118] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación *op. cit*.,., párr. 18. Concretamente, "El Comité ha observado en varias ocasiones, al examinar informes de los Estados, que las medidas que impiden a las mujeres su libertad de circulación o salir del país sin contar con el consentimiento o la compañía de un varón constituyen una violación del artículo 12". (Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación, *op. cit*., párr. 18).

> A fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12, se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte.[119]

En definitiva, el derecho a salir del país es un derecho amplio que comprende el derecho a viajar a cualquier país que permita su ingreso.

Acorde con lo señalado, el pasaporte es un documento que el Estado otorga a sus nacionales con el objeto de habilitarlos, para salir del país y regresar a él y, a su vez, habilita, previa visación por el cónsul, para ingresar en territorio extranjero.

Con este documento, cada Estado controla y, a veces, restringe o impide legítimamente la salida de los nacionales así como la entrada de extranjeros.

Tanto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados cuanto la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas prevén que los Estados expedirán los documentos de identidad a todo apátrida y a todo refugiado que se encuentre en el territorio de estos Estados y no posea algún documento válido de viaje. De la misma forma, expedirán documentos que permitan trasladarse fuera del territorio.[120]

Por su parte, la Convención Internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios prohíbe la destrucción por las autoridades del pasaporte o documento equivalente así como la confiscación de dicho documento, sin previa entrega de un recibo.[121]

---

[119] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, Libertad de circulación *op. cit*., párr. 9. En este sentido, “[s]on causa de especial preocupación las múltiples trabas jurídicas y burocráticas que afectan innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio, y a adoptar una residencia. Respecto del derecho a la circulación dentro de un país, el Comité ha criticado las disposiciones que exigen que las personas soliciten permiso para cambiar de residencia o la aprobación por las autoridades locales del lugar de destino, así como las demoras en la tramitación de dichas solicitudes por escrito. En la práctica de los Estados se encuentra una gama todavía más variada de obstáculos que hacen más difícil la salida del país, sobre todo la de sus propios nacionales. Entre esas normas y prácticas figuran la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país. A la luz de esas prácticas, los Estados Partes deben asegurarse de que todas las restricciones que impongan cumplan plenamente lo dispuesto en el párr. 3 del artículo 12”., (*Cfr*. Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 27, Libertad de circulación, *op. cit*., párr. 17). Por otro lado, conforme el alcance del artículo 12 párr. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos no está restringido a las personas que se encuentren legalmente dentro del territorio de un Estado, sino que, un extranjero que sea expulsado legalmente del país tiene el mismo derecho a elegir el Estado de destino, con sujeción, claro está, al acuerdo de ese Estado.
En el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (párr. 166), la Corte IDH hace mención a la importancia de la expedición de pasaportes en relación con el impacto que tiene la falta de reconocimiento de naconalidad con el derecho a la personalidad jurídica.

[120] Convención relativa al estatuto de los Apátridas y Convención sobre el Estatuto de Refugiados, artículos 27 y 28.

[121] Convención Internacional sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, artículo 21.

La Comisión Interamericana ha criticado la práctica de algunos Estados de negar, por motivos políticos, el otorgamiento de visas de salida o pasaportes a sus nacionales. De esta manera, con estos informes, acentúa la idea de que la negación del derecho de salir del país como forma de sanción para opositores políticos o de sus familiares es violatoria de la normativa internacional.[122]

3. El derecho de asilo. Refugiado. Derecho de no devolución

a. Derecho de buscar y recibir asilo[123]

Como se señaló anteriormente, la CADH, en el artículo 22.7, dispone que:

> 7. *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero* en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.[124]

La DUDH prescribe en su artículo 14 que:

> 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
>
> Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.[125]

En similar sentido, la DADDH, en su artículo 27, establece que:

> Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

A diferencia de los tratados mencionados, el PIDCP no contiene referencia alguna respecto de este derecho.

Además de los instrumentos citados, es preciso tener en consideración para analizar este tema la Convención sobre Asilo de la Habana,[126] a la Convención sobre Asilo Político de Montevideo[127] y a las Convenciones sobre Asilo Diplomático[128] y la Convención sobre Asilo Territorial.[129]

---

[122] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de los Derechos Humanos en Cuba, Séptimo Informe (1983), página 130 y, Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Suriname (1985), páginas 42-45.

[123] Sobre el derecho a buscar y recibir asilo, véase también el comentario al artículo 22, de Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, el cual forma parte de esta obra.

[124] Destacado agregado.

[125] "Aquellos más afectados por un Estado de protección internacional reducida son los civiles que a menudo se encuentran involucrados en conflictos de motivación étnica, política o religiosa. En caso de que estos últimos conduzcan a desplazamientos violentos y la gente involucrada (llamadas personas desplazadas internamente) esté inhabilitada para migrar a otro país que cada día se hace más difícil en vista del creciente número de conflictos internos violentos y de la falta de voluntad de los países que tradicionalmente daban asilo para aceptar refugiados, no habrá recursos de protección bajo el derecho de los refugiados tampoco. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos menciona el derecho de las personas perseguidas a buscar y gozar de asilo; sin embargo, este principio, al menos en Europa, no se ha vuelto vinculante a nivel del derecho internacional de los tratados (…)", (*Cfr*. Nowak, Manfred, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos,* Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 1a.Ed. En español, 2009, página 61).

[126] Convención sobre Asilo, adoptada en Sexta Conferencia Internacional Americana, La Habana (Cuba), el 20 de febrero de 1928. Entrada en vigor: 21 de mayo de 1929.

[127] Convención sobre Asilo Político de Montevideo, adoptada en la Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo (Uruguay), el 26 de diciembre de 1933. Entrada en vigor: 28 de marzo de 1935.

[128] Convención sobre Asilo Diplomático, adoptada en la Décima Conferencia Interamericana de Caracas (Venezuela), el 28 de marzo de 1954. Entrada en vigor: 29 de diciembre de 1954, de conformidad con el artículo 23.

[129] Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en la Décima Conferencia Interamericana, Caracas (Venezuela), el 28 de

El asilo es la protección que presta un Estado a personas que no son nacionales suyos pero cuya vida, libertad o integridad física corren peligro por amenazas o persecuciones de las autoridades del Estado de procedencia y que, por este motivo, solicitan amparo a las autoridades de otro Estado.

Si bien el asilo se considera una prerrogativa de la persona humana, no se considera que exista una correlativa obligación del Estado de conceder el asilo por planteárselo como una facultad soberana. Esta concesión discrecional distinguiría al asilado de la figura equivalente del refugiado.[130]

Tradicionalmente se distinguen dos tipos de instituciones de asilo. En primer lugar, el asilo diplomático que abarca "el asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos"[131] y, en segundo lugar, el asilo territorial que se refiere a la protección otorgada por un Estado a un individuo que se encuentra en su territorio.[132]

En definitiva, las citadas Convenciones reconocen el derecho de asilo como una facultad del Estado que puede otorgarlo o denegarlo y no lo reconocen como un derecho del individuo.

Si bien ni la DADDH ni la CADH establecen este derecho como una obligación por parte de los Estados, es posible no obstante inferir la obligación de no obstaculizar las gestiones de un nacional que procura buscar asilo en otro país.[133]

La DUDH (artículo 14) estipula un mayor alcance al reconocer el derecho a toda persona en caso de persecución; en tanto la DADDH lo limita "en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales" (artículo 27). Por su parte, la CADH consagra el derecho sólo en "casos de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos" (artículo 22).[134]

Sin embargo se debe recordar que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados amplió el concepto al incluir –conjuntamente con la persecución política– la persecución racial, religiosa, nacionalidad, entre otras.

b. Derecho de refugio

El régimen internacional sobre refugio se encuentra regulado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[135] y su Protocolo del año 1967.[136]

La citada Convención de 1951 define al *refugiado como aquella persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado*

marzo de 1954. Entrada en vigor: 29 de diciembre de 1954.

[130] Draghici, Carmen, Competencias personales del Estado, en Derecho Internacional Público, Sánchez, Víctor M. (Dir.), ya cit., páginas 271-272.

[131] Convención sobre Asilo Diplomático, artículo 1.

[132] Comúnmente la palabra asilo es utilizada como sinónimo de asilo territorial o refugio.

[133] *Cfr*. O'Donnell, Daniel, Protección Internacional de los Derechos Humanos, *op. cit*., página 226.

[134] El derecho de asilo no fue previsto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Cfr*. O'Donnell, Daniel, *Derecho al asilo, en Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit*., páginas 225-228.

[135] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950 Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. En enero de 1951 se crea la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), agencia de la ONU encargada de proteger y asistir internacionalmente a las personas desarraigadas o desplazadas (refugiados, asilados, apátridas, desplazados internos, mujeres, niños, personas con discapacidad, entre otros). El ACNUR, entre otras funciones, promociona acuerdos internacionales sobre refugiados, colabora con los Estados en el establecimiento de estructuras de asilo y actúa en calidad de observador internacional en relación a los asuntos de los refugiados. (http://www.acnur.org).

[136] Un análisis sobre la situación de las personas refugiadas y apátridas así como de las diversas convenciones que regulan esta situación en, Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarias, Inter-Parliamentary Union 2005 Published by the Inter-Parliamentary Union with the United Nations High Commissioner for Refugees No. 11, 2005.

grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país".[137]

Define además las circunstancias en las cuales la condición de refugiado cesa, los actos que llevan a una persona a estar excluida de la condición de refugiado[138] y, además, establece el principio de no devolución (*non-refoulement*) del refugiado al país donde su vida o libertad puedan estar en peligro.[139] Al reconocer varias causales de refugio, flexibiliza la definición de "refugiado" *al requerir solo fundados temores de persecución (y no la persecución efectiva)*.[140]

Las personas consideradas refugiadas se encuentran en una situación similar a la de los ciudadanos del Estado receptor en lo que hace al derecho de elección de su lugar de residencia así como a otros derechos humanos (tales como el derecho a igual acceso a la educación, al trabajo, a la seguridad social y a la justicia). En particular, el Estado que los resguarda es responsable de protegerlos contra la persecución y de no expulsarlos o regresarlos al Estado en el que eran perseguidos (el mencionado principio de *non-refoulement*), así como del otorgamiento de apoyo social y de asistencia para su integración si la necesitaran.[141]

En definitiva, el concepto de asilo, *strictu sensu*, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político en tanto el concepto de refugiado es más amplio.[142] Si bien ambas nociones, usualmente, son utilizadas como sinónimos, cabe precisar algunas diferencias. El asilo es una institución de carácter político mediante la cual una persona perseguida por motivos o delitos políticos cuya vida, libertad o integridad física corren peligro dentro de un Estado (denominado territorial), es sustraída de éste por

---

[137] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículos 1 y 2.

[138] La Convención sobre el Estatuto de Refugiados previó ciertos supuestos en los que no se otorga la condición de refugiado a una persona . Por consiguiente, si la persona "ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delito" el Estado podrá negarle la condición de refugiado (artículo 10. E).

[139] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículos 1 y 2. En este sentido, "[e]l derecho internacional de los refugiados se aplica únicamente para las personas reconocidas como refugiados y, en algunos casos, para aquellos que buscan asilo. Los refugiados, de acuerdo con la definición de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951 son aquellas personas que debido a temores fundados de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas huyen del país de su nacionalidad en busca de asilo y han sido reconocidos por las autoridades competentes de ese país como refugiados de acuerdo con la Convención. Empero, con el auge de la migración hacia los países ricos e industrializados y con la creciente xenofobia durante las ultimas décadas, la voluntad de estos países para aceptar inmigrantes y refugiados ha disminuido de manera drástica. Como resultado de ello, las leyes sobre inmigración y extranjeros se han vuelto más estrictas, y las leyes sobre los refugiados y el asilo también se han visto sustancialmente afectadas. Al haberse dificultado la emigración, las personas que dejaron sus países en su mayoría por razones económicas o por necesidades sociales (llamados 'refugiados económicos') también aprovecharon los procedimientos de asilo. Ello implicó que las leyes de asilo se tornaran que se las reconociera como refugiadas. El aumento de las restricciones atrajo al crimen organizado o, más específicamente, al tráfico humano organizado que implica la enorme capitalización de la miseria de las personas perseguidas. Como resultado de ello, solo una pequeña cantidad de personas perseguidas y de refugiados en el mundo son realmente protegidos por el derecho internacional de los refugiados", (*Cfr*. Nowak, Manfred, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos, op. cit*., página 62)

[140] El Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiados en virtud de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, indica que la expresión "fundados temores" contiene un elemento subjetivo y uno objetivo que deben ser considerados al momento de verificar si existen estos "fundados temores". Así, "debido a la importancia que la definición concede al elemento subjetivo, es indispensable proceder a una evaluación del grado de credibilidad cuando el caso no resulte suficientemente claro a la luz de los hechos de que se tenga constancia. Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor. El temor debe ser razonable. Sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado"., (*Cfr*. párr. 41). En este sentido, ver O' Donnell, Daniel, El derecho al asilo, en Derecho Internacional de los derechos humanos, *op. cit*., páginas 598-623.

[141] *Cfr*. Nowak, Manfred, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos, op. cit*., página 62.

[142] O' Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, op. cit*., páginas 599-601.

un acto unilateral de otro Estado (denominado asilante), con el fin de evitar la acción coercitiva de los órganos represivos del Estado territorial o la materialización de actos de violencia colectiva contra esta persona.

Por su parte, el refugio es la institución de carácter humanitario mediante la cual una persona abandona el país del cual es nacional por razones de temor fundado a ser perseguida no sólo por motivos políticos sino también por considerar que motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas le imposibilitan regresar a su país por cuanto su vida e integridad física corren peligro.

La Comisión IDH ha reafirmado el derecho de los solicitantes de refugio a la revisión judicial o administrativa de la decisión de rechazo de su solicitud y a la reapertura del proceso a la luz de hechos o pruebas nuevos".[143] En este sentido, en el Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, insiste en el derecho a ser oído del solicitante vinculado al debido proceso:

(…) si bien el derecho de asilo consagrado en el artículo XXVII no implica garantía alguna de que éste será otorgado, necesariamente exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud. El derecho a ser oído esta vinculado al principio del respeto al debido proceso que subyace varias disposiciones de la Declaración Americana, más pertinentemente los artículos II (igual protección), XVII (reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles), XVIII (derecho de justicia) y XXVI (derecho a proceso regular). Aunque el derecho a ser oído en la presentación de un reclamo no necesariamente presupone la aplicación de la misma gama de garantías procesales que se aplicarían, por ejemplo, en un proceso penal, sí se requiere que la persona en cuestión reciba las garantías mínimas necesarias para presentar eficazmente su reclamo (…)[144]Más recientemente, la Comisión IDH trató el *Caso John Doe*, también relativo a Canadá, donde analizó prácticas actuales de devolución directa y su impacto en el debido proceso así como sobre el principio de *non refoulement.*[145]

c. Derecho de no devolución

En otro orden, el derecho de no devolución está consagrado en el artículo 22.8 de la CADH que establece que:

> En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas (…)

Es posible distinguir el alcance dado por la Convención Americana al principio de no devolución que beneficia a todo extranjero respecto del regulado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que la limita este principio sólo a las personas consideradas refugiadas. La importancia reside en que a

---

[143] En este sentido, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de febrero de 2000. De esta manera, "[l]a Comisión recomienda que se considere más detenidamente (1) establecer los procedimientos necesarios para permitir a los peticionarios a quienes se les ha negado la condición de refugiado presentar información obtenida posteriormente que sea pertinente a su situación de riesgo y (2) garantizar que los peticionarios rechazados tengan acceso a una revisión de la decisión original en méritos del caso, ya sea por la vía administrativa o judicial" (*Cfr*. párr. 110). Asimismo, "[l]a Comisión considera que el permitir que se reabra el proceso de determinación ante la CRDD sobre la base de nuevos hechos o pruebas que, se considera, cumplen con un umbral razonable de pertinencia no solamente sería coherente con la intención del proceso existente, sino que también proporcionaría una importante salvaguarda para identificar a los refugiados legítimos y garantizar su derecho de no ser devueltos". (*Cfr*. párr. 73).

[144] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado (2000), párr. 60.

[145] Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 78/11, Caso 12.586, Fondo, Canadá, 21 de julio de 2011. (http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio).

través de la Convención Americana es posible amparar a personas que, cuando cumplen con los requisitos para ser refugiados, no son reconocidas formalmente como tales; asimismo, protege a personas que no son refugiados porque pueden regresar a su país de origen sin peligro, corren el riesgo de persecución en caso de expulsión a un tercer país. Al mismo tiempo, protege a las personas que cumplen las condiciones para ser reconocidas como refugiados pero que están excluidas de la protección de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, como consecuencia de alguna de las cláusulas de exclusión.[146]

Por su parte, también la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes,[147] aborda el tema en su artículo 3 que estipula:

> 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
>
> 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Por lo demás, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura[148] en el artículo 13 señala:

> (…) No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

Estos instrumentos sobre tortura prescinden, como se advierte, del requisito de persecución. De esta manera, la mera exigencia de un riesgo de tortura es suficiente para la aplicación de la señalada prohibición.[149]

Por otro lado, tanto la Convención de 1951 cuanto la Declaración sobre Asilo territorial, establecen excepciones al principio de no devolución y/o condicionan su aplicación a la observancia de determinados requisitos. Específicamente, la Convención sobre Estatuto de los Refugiados, establece en el artículo 33 que:

> 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
>
> 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Por su parte, la Declaración sobre Asilo Territorial señala que “podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas”, a continuación el tratado agrega que cuando

---

[146] O’Donnell, Daniel, *Protección internacional de los Derechos Humanos, op. cit.*, páginas 228-232. De la misma manera, cabe resaltar que en la sentencia de medidas provisionales dictadas por la Corte IDH en el *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, se detuvo una extradición hasta que el gobierno peruano pidiera garantías al gobierno chino sobre el eventual debido proceso y la no aplicación de la pena de muerte en caso de que se extraditara al peticionario.

[147] Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (No. 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984). Entrada en vigor 26 de junio de 1987

[148] Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985

[149] O’ Donnell, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, *op. cit.*, páginas 616-618.

una excepción está justificada, el Estado "considerara la posibilidad de conceder (…) una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo" y, de esta manera, permitir a las personas afectadas encontrar asilo en un tercer Estado.[150]

Es importante remarcar que los *citados tratados sobre tortura no reconocen excepción alguna al principio en cuestión.*

Finalmente, la Comisión Interamericana, ha entendido la obligación de respetar el principio de no devolución como "la obligación suprema de los Estados" con respecto a los refugiados y solicitantes de asilo.[151]

En definitiva, los Estados deben abstenerse de devolver a estas personas al país del que huyen o a cualquier otro respecto del cual existan temores fundados de peligro para sus vidas o integridad personal.

4. Restricción de los derechos de circular, residir y salir del territorio

Tanto la CADH,[152] la DUDH, el PIDCP y la DADDH consagran el derecho a permanecer en el país del cual se es nacional, de no ser expulsado de éste y de regresar a su territorio.[153]

Sin embargo, cabe señalar una diferencia entre los citados instrumentos. Los documentos universales protegen al individuo contra la privación arbitraria de estos derechos; en tanto, los regionales otorgan esa protección en forma absoluta.

Excepcionalmente, los derechos de circular, residir y salir del territorio, pueden ser objeto de restricciones. Estas restricciones deben estar contempladas por una ley que regule las condiciones en que pueden limitarse y deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger determinados fines. Generalmente, obedecen a motivos de orden público, para proteger la seguridad nacional, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros (artículo 12 párrafo 3 del PIDCP).[154] De esta

---

[150] Declaración sobre Asilo territorial, artículo 3.
El Comité de Derechos Humanos reconoce el principio de que todo Estado tiene la obligación de no devolver o entregar a ninguna persona a un pais en circunstancias tales que el resultado sea un riesgo efectivo de que sus derechos, en virtud del Pacto, sean violados en otra jurisdicción. (*Cfr*. Comité de Derechos Humanos, Caso Kindler c. Canadá, Comunicación No. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), párr. 13.
Sobre el tema, ver O' Donnell, Daniel, *El principio de no devolución, en Derecho Internacional de los derechos humanos, op. cit*., páginas 616-623.

[151] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo…, ya cit, párr. 24.

[152] El artículo 27.2 de la Convención Americana señala que: "[l]a disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (*Derecho a la Nacionalidad*), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" (destacado agregado). Para un análisis del artículo 27 (uspensión de garantías) remito al comentario a cargo de Gabriela Rodríguez el cual forma parte de esta obra.

[153] En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, en el artículo 29.2, que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". Por su parte, la Convención Americana en el artículo 32.2 señala que: "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Esto se compadece con el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
Por lo demás, "la aplicación del principio pro homine (…) impone no extender el campo de las restricciones legítimas pero también atender al razonable principio según el cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás, de alguna manera comprendido en la norma sobre deberes (…) la primera exigencia a satisfacer es que la restricción esté prescripta por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad y que, en caso de aplicación abusiva, debe dar lugar a recurso". (*Cfr*. Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, páginas 93 y 94)

[154] La Convención Americana prohíbe expresamente en el inciso 9 del artículo 22, la expulsión masiva de extranjeros. De

forma, el citado Pacto en el artículo 13 recoge una idea similar que la receptada por la Convención Americana y complementa: "(…) a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, hacerse representar con tal fin ante ellas". De esta forma, este instrumento es el único que reconoce expresamente algunos derechos procesales que deben respetarse antes de proceder a la expulsión de un extranjero que se encuentre legalmente en un país.

En definitiva, ello expresa la regla de que las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que pretenden alcanzarse.[155]

VII. Conclusión

El derecho a la *nacionalidad integra el núcleo duro de derechos de la CADH* en tanto constituye un prerrequisito para el disfrute de muchos otros derechos. Ha sido reconocido gradualmente y con diferentes matices y alcances por el derecho internacional de derechos humanos tanto en normas del sistema universal de protección cuanto en normas del sistema regional. Como es frecuente en este ámbito, las reglas del sistema regional, en especial el artículo 20 de la Convención Americana, ofrecen una protección mayor de este derecho, tal como se ha intentado demostrar en este comentario.

La Corte IDH entendió que la importancia de la nacionalidad reside en que ella permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades que definen la pertenencia a una comunidad estatal.[156] En el emblemático *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* sostuvo que, como tal, *la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión del individuo con el Estado.*

Si bien usualmente suelen confundirse los términos*, es preciso distinguir el concepto de nacionalidad respecto del de ciudadanía.*

La *nacionalidad se integra por tres elementos: el derecho a adquirir una nacionalidad, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a cambiarla.·*

Si bien en principio son los propios Estados quienes definen la adquisición y pérdida de la nacionalidad conforme a su derecho interno, el ejercicio y respeto de la condición de nacional se da en el marco del reconocimiento de los demás Estados y su consistencia con los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generalmente reconocidos con relación a la nacionalidad.

El derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto sino que lo que se prohíbe expresamente es su privación arbitraria. Por consiguiente, la nacionalidad puede perderse en determinados casos estrictamente regulados.

---

la misma forma, la Comisión Interamericana señaló:"(…) su grave preocupación acerca de las expulsiones masivas de los nacionales guyaneses de Suriname. La Comisión concluye que esta operación se realizo en una forma brutal e insensible. Esta expulsión fue objeto de considerable preocupación internacional y constituye una violación de las normas internacionales en materia de tratamiento adecuado de los extranjeros dentro del territorio nacional de un Estado". (*Cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Suriname (1985), página 73).

[155] Sobre restricciones autorizadas a los derechos humanos ver, Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, *op. cit.*; y en Faúndez Ledesma, Héctor, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales, *op. cit*.

[156] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, *op. cit*., párr. 35.

En los casos en los que la pérdida de la nacionalidad sustrae a la persona de la protección de un Estado sin que sea sustituido por la protección de otro u otros, se produce el status de apatridia,[157] el cual genera una situación de extrema vulnerabilidad.

Las relaciones de la nacionalidad con otros derechos son diversas y complejas. En particular, se relaciona íntimamente con los derechos de circular, residir y salir del territorio.

El eficaz y amplio reconocimiento de la nacionalidad así como la existencia de mecanismos reparatorios en los supuestos de su vulneración constituyen requisitos esenciales de un Estado de Derecho.

[157] Como se indicó, el apátrida es la persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación de acuerdo con el artículo 1 (1) de la Convención relativa al estatuto de los Apátridas de 1954.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada*

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C No. 222.

Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223.

Casos sobre propiedad comunal:

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

---

* Agradezco especialmente a Thomas M. Antkowiak por los aportes realizados en la elaboración de esta investigación y las conversaciones sobre el contenido del derecho a la propiedad y sus límites.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala***.** Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 222.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II Doc 56/09 de 30 de diciembre de 2009, publicado en marzo de 2011.

Informe No. 75/02. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

MC 260-07 a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.

Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV Acápite 2: Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Informe No. 67/01. William Gómez Vargas (Costa Rica), 31 de marzo de 2011.

Artículos y publicaciones académicos

ANTKOWIAK, Thomas M., y GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles* (por publicar en 2014).

ANTKOWIAK, Thomas M., *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Colum. J. Transnat'l L. 351 (2008), págs. 389-402.

ANTKOWIAK, Thomas M. y GONZA, Alejandra, en la Revista Aportes de DPLF No. 14. *El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional.* Año 3, septiembre de 2010.

ANTKOWIAK, Thomas M., *Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights,* 25 Berkeley J. Int'l L. 268 (2007).

GALVIS PATIÑO, María Clara. *El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales.*

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press. New York. 2011.

DULITZKY, Ariel. *When Afro-Descendents became "Tribal Peoples": The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities*. UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 29, Spring 2010.

GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991.

HARRIS, O'Boyle & WARBRICK: *Law of the European Convention on Human Rights. Second Edition. Oxford University Press. Estados Unidos. 2009.*

MELISH, Tara J., '*A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity'*, CEJIL Revista: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Vol. 1, No. 1 (2005).

PASQUALUCCI, Jo M., *International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Wisconsin Int'l L.J.

DPLF para OXFAM. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Primera Edición,* Washington DC., 2011.

Escrito *amicus curiae* en el Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado por Seattle University School of Law International Human Rights Clinic en abril de 2011.

DPLF/IDL/Seattle University School of Law, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, 2010.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7-22 de noviembre de 1969.

Índice

I. Introducción

El derecho a la propiedad privada como derecho humano fue resistido por los Estados en la elaboración de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos por diversas razones.[1] No se encuentra consagrado en el PIDCP a pesar de estar presente en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789,[2] tampoco se encuentra en el PIDESC , ni sobrevivió en el texto final del CEDH,[3] agregándose recién a este último en el artículo 1 del Primer Protocolo adicional a dicho Convenio en 1952, con un texto restrictivo y amplias facultades del Estado para limitarlo.[4]

En el caso de la Convención Americana, las actas de los trabajos preparatorios relativas al artículo 21 demuestran que este derecho fue uno de los mas discutidos al tratar la propuesta del proyecto original presentado por la Comisión en 1969.[5] Antes de que se aprobara el texto final los Estados vacilaron entre:

[1] Para discusión en Europa ver: Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2a. Edition. Oxford University Press. Estados Unidos. 2009, p. 655.

[2] Artículo 2 que menciona a la propiedad como derecho natural e imprescriptible.

[3] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit.*, p. 655.

[4] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., p. 655; Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo,* Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991, pág. 112.

[5] OEA/Ser.K/XVI/1.2. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7-22 de

la eliminación del derecho a la propiedad privada por, entre otras, no ser un derecho fundamental,[6] tener carácter económico y social,[7] por tratarse de un tema que debe quedar bajo la soberanía del Estado;[8] y la modificación del texto propuesto por necesitar énfasis de la función social que tiene la propiedad para no obstaculizar, entre otras, las reformas agrarias que muchos de ellos ya habían iniciado;[9] o la inclusión del derecho a la autodeterminación de los pueblos.[10] Estas discusiones explican en parte que el texto final aprobado en el artículo 21.1 de la Convención Americana haga referencia a un concepto amplio[11] de derecho a la propiedad entendido como el "derecho al uso y goce de sus bienes", en vez del original "propiedad privada" y a la facultad de los Estados de limitar tal uso y goce por ley con base en el ''interés social", también reflejado en el inciso 2 del artículo 21.

Si bien los trabajos preparatorios de la Convención Americana son escuetos y tampoco registran una discusión sobre la propiedad colectiva de los pueblos indígenas de forma específica, el planteamiento sobre las reformas agrarias y la posibilidad de incorporar en este artículo el derecho a la autodeterminación podrían indicar que no era un tema ausente. Asimismo, se borró del título del artículo en español la referencia a "privada", aunque se conserva en la versión en inglés sin explicación alguna.[12]

Sin lugar a dudas la interpretación posterior de los órganos del Sistema Interamericano, de la mano de la amplitud en la redacción del artículo 21 de la Convención y de las facultades interpretativas que surgen del artículo 29 del mismo, ha consolidado una extensa protección a dicho derecho. Para ello se ha utilizado para resolver los casos presentados y dar contenido al derecho a la propiedad, con mejor o peor resultados, conceptos desarrollados en la legislación interna[13] o en otros instrumentos internacionales,[14] haciendo énfasis en el carácter de instrumentos vivos de los tratados de derechos humanos.[15]

De esta manera la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre diversos aspectos de la propiedad privada de los individuos, analizando su contenido y límites, determinando sus titulares y resolviendo casos en donde este derecho se enfrenta con diversos poderes del Estado. Asimismo, ha desarrollado

---

noviembre de 1969. Actas y Documentos. Informe del Relator de la Comisión I, Juan Isaac Lovato, 19 de noviembre de 1969, pág. 301.

6 *Ibidem*, menciones de la delegación de Chile, p. 233.

7 *Ibidem*, menciones de las delegaciones de Colombia, p. 237 y de Chile, p. 233.

8 *Ibidem*, mención de la delegación de Colombia, p. 240.

9 OEA/Ser.K/XVI/1.2. Conferencia Especializada, *op. cit*., p. 124, 239 menciones a reformas agrarias realizadas por las delegaciones de Brasil, Panamá y de Costa Rica, así como mención a autodeterminación realizada por la delegación de Colombia. Ver también, Pasqualucci, Jo M. International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Wisconsin Int'l L.J. p. 65.

10 OEA/Ser.K/XVI/1.2. Conferencia Especializada, *op cit*., p. 234.

11 *Ibidem*, *op. cit*, p. 237, mención de la delegación de Estados Unidos a la necesidad de consagrar un derecho a la propiedad privada como "inherente a la persona humana y que el Estado no podía otorgarlo o negarlo como le plazca".

12 Pasqualucci, Jo M., p. 6.

13 Ver por ejemplo como adopta conceptos y derechos desarrollados en la legislación interna en el caso de pensiones en Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 103 y en el Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 43 (sin hacer mención explícita al artículo 29); y en los casos de propiedad comunal desde Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Cit., par. 148. Para una crítica a este método de interpretación ver: Melish, Tara J. 'APyrrhic, *Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity'*, CEJIL Revista: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Vol. 1, No. 1 (2005), pp. 51–66: y Pasqualucci, Jo M., Cit., pág. 7.

14 Ver por ejemplo Corte IDH. *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 127, 130, 136, 150-51; y Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 93-95, citando los artículos 1 y 27 del Pacto de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos.

15 Por primera vez en derechos indígenas en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146, 147 y 148. También en Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 125; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 89.

extensiva jurisprudencia sobre derechos a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales, materia que en la actualidad constituye una parte importante del litigio sobre el artículo 21 y ha acarreado consigo la incorporación de conceptos plasmados en diversos instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.[16] Al respecto, debido a que se hará referencia en un capítulo especial de este libro a los derechos indígenas, solo mencionaré los aspectos esenciales del derecho a la propiedad comunal desarrollado por la Corte.

II. Estructura del artículo 21 y los límites legítimos

1. El contenido amplio del derecho a la propiedad

La terminología utilizada por la Convención Americana en su artículo 21 difiere radicalmente de la lograda en la redacción del Artículo 1 del Protocolo adicional No. 1 al CEDH. Para algunos autores la redacción adoptada en la Convención Americana sugeriría la intención de una protección más amplia que la de su par europeo en términos sustantivos y menores poderes del Estado para limitarlo. Tal diferencia surge de los términos usados y del detalle de las restricciones, incluyendo expresamente el "pago de una indemnización justa" como elemento esencial para que cualquier privación de la propiedad fuera legítima.[17]

Sin embargo tales diferencias en los conceptos de propiedad de los instrumentos mencionados se diluyen a través de la interpretación dada por las Cortes respectivas en los casos de víctimas individuales. Por ejemplo, la Corte Europea ha ampliado el ámbito de protección de este derecho y a pesar de que el texto del referido Protocolo hace referencia únicamente a "possessions", comparte con la Corte Interamericana la misma definición de propiedad privada y bienes.[18] También el tribunal europeo ha entendido que el derecho a la propiedad incluye, en algunos casos, la compensación pronta, efectiva y adecuada como elemento integrante del mismo, de la mano de la referencia del Convenio Europeo a los principios generales del derecho internacional.[19] Es preciso señalar que la Corte Europea ha tratado en su jurisprudencia sobre el derecho a la propiedad, temas tan variados como derechos contractuales, fideicomisos, pensiones, deudas establecidas en sentencias, nacionalizaciones, marcas registradas, expropiaciones de hecho y de derecho, expropiaciones en el marco de sucesiones de estados o en el marco de reformas sociales,[20] entre otros. También en contextos diferentes al de los casos analizados en Latinoamérica ha permitido las expropiaciones sin indemnización.[21] Con esta variedad y complejidad de temáticas y las facultades de pronunciarse sobre violaciones a personas jurídicas, se torna delicado aplicar de forma directa su jurisprudencia en el contexto de casos presentados ante la Corte Interamericana. Incluso la Corte Europea ha desarrollado como protegido por el derecho a la propiedad el concepto de "expectativa legítima". Al respecto, la Corte Europea exige como mínimo en

[16] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo reparaciones y costas, párrs. 127, 130, 136, 150-51; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paragua*y. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 157.

[17] Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991, pág. 112; sobre Corte Europea ver Harris, O'Boyle & Warbrick, *op.cit.*, pág. 655.

[18] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op.cit.*, pág. 656.

[19] *Ibid*.

[20] *Ibid*.

[21] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op.cit.*, Excepcionalmente puede no exigirse la compensación por la manera en la cual fue adquirida la propiedad sobre el bien en cuestión: 1) falta de certeza de la posición legal de los reclamantes; 2) intervención del gobierno dentro de un plazo razonable; y 3) justicia social de la medida. Debe tratarse de una "ganancia inesperada" o "windfall".

cada caso que la víctima demuestre que tiene derecho a un beneficio económico real, aunque todavía falte que se le atribuya.[22]

Por su parte, la Corte Interamericana *ha interpretado de forma amplia el concepto de "bienes"*, incluyendo en esta protección algo de lo que carece la jurisprudencia europea: los derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales.[23] Sin embargo, no ha aprovechado las sustanciales diferencias y protecciones establecidas expresamente en el artículo 21 de la Convención Americana, extendiendo las potestades de limitaciones del Estado a través de una interpretación laxa de los requisitos sobre limitaciones legítimas adoptados por la Convención. Para ello, hace suyas las interpretaciones que el tribunal europeo desarrolló en esta materia, especialmente en tema de expropiaciones.[24]

Al determinar el contenido del artículo 21 de la Convención, desde su primera decisión la Corte Interamericana definió el derecho al uso y goce de bienes a los que hace referencia el artículo 21 como "todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona". También afirmó la Corte que el concepto de bienes comprende i) todos los muebles y los inmuebles, ii) los elementos corporales e incorporales y iii) cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.[25]

La Corte IDHcomenzó el desarrollo jurisprudencial del derecho a la propiedad en el año 2001 al resolver el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* en donde analizó el uso y goce del derecho a la propiedad privada de la víctima sobre acciones de un Canal de Televisión. Unos meses después resolvió el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en el que por primera vez interpreta extensivamente el concepto de propiedad, protegiendo también la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Cabe notar que en 1999 había pasado por alto la oportunidad de pronunciarse sobre el poder del Estado de limitar el derecho al uso y goce de bienes de las personas sometidas a procesos de investigación criminal en el *aso Cesti Hurtado vs. Perú*, sin dar mayor explicación.[26] No fue sino hasta el 2004 que la Corte desarrolló las posibles limitaciones al derecho a la propiedad en uso de su poder punitivo al resolver el *Caso Tibi vs. Ecuador*, explicándolo en mayor profundidad en 2007 en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*. En el 2003 con el caso *5 pensionistas vs. Perú*, comenzó a desarrollar la protección a derechos adquiridos de pensionistas, consolidando con contundencia dicha

22 Harris, O'Boyle & Warbrick, *op.cit.*, párr. 659.

23 Ver 48 Kalderas Gipsies vs. FRG and Netherlands, 11 DR 221 (1977).

24 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Reparaciones. Voto del Juez Diego García Sayán que sugiere que la reparación a la violación al derecho a la propiedad no requiere una *restitutio in integrum*.

25 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122; Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párr. 183; Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198; Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222; Corte IDH. *Casos sobre propiedad comunal: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

26 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr.183. Se reservó para pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de detención y condena penal para la etapa de reparaciones.

jurisprudencia en el 2009 en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*. En el 2006 protegió el uso y goce de los bienes muebles e inmuebles indispensables para la supervivencia de la población civil víctima de conflictos armados sin carácter internacional, provocada por acciones de paramilitares con aquiescencia del Estado, aplicando normas de derecho internacional humanitario.[27] En el 2007 en el *Caso Escué-Zapata vs. Colombia* la Corte no consideró los alegatos a las violaciones a la propiedad privada de las víctimas provocada por miembros de las fuerzas armadas 2007 (destrucción de bienes y apropiación de utensilios de trabajo), debido a que tales hechos no fueron presentados por la Comisión en su demanda.[28] Recién en el año 2010 se pronunció sobre el poder de expropiación del Estado sobre bienes inmuebles en el *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

2. Los límites al derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad protegido en la Convención Americana no es absoluto: el artículo 21.1 parece describir el derecho de forma amplia y señalar que: "[l]a ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Este primer inciso parece tener en cuenta las posibles limitaciones, intromisiones o interferencias al uso y goce de la propiedad impuestas por el Estado que no suponen la privación de la misma. El artículo 21.2 parecería contemplar los casos de expropiación de bienes y los requisitos para que tal actuar del Estado pueda considerarse justificado.

Pese a esta estructura, de la jurisprudencia de la Corte no se desprende un uso diferente de los incisos para analizar situaciones fácticas radicalmente distintas que permitan categorizaciones claras. Tampoco se ha hecho una distinción entre justificativos de "interés público" y "utilidad pública" que señala el inciso 2, analizando en los casos las restricciones al derecho a la propiedad en su conjunto. Similar situación surge del análisis de la jurisprudencia europea en la materia, que pese a realizar ciertas distinciones en las categorías de las violaciones en algunos de sus casos, adopta una posición que parece dar menos peso al tipo de interferencia en el derecho a la propiedad para aplicar directamente el test de las limitaciones permitidas.[29]

De esa manera, la Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la Convención si tal restricción responde "a los intereses de la sociedad".[30] Para la Corte, los conceptos de "orden público" o el "bien común", derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.[31] Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.[32]

Para que pueda considerarse "de interés de la sociedad" se requiere que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) sean proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.[33] En el caso de restricciones a la propiedad

---

[27] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr.183.

[28] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párrs. 115 y 117.

[29] Al respecto ver Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., pág. 668.

[30] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 127.

[31] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares y Fondo, párr. 75; Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67; y Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 31.

[32] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 145; y Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*, párr. 155.

[33] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam,* párr. 127; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa,*

colectiva la Corte, además de los requisitos analizados anteriormente, requiere que se satisfaga un quinto elemento: la restricción no puede "implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes".[34] La carga de probar que estas limitaciones cumplen dichos requisitos recae sobre el Estado que las imponen.

El requisito de legalidad se ha interpretado de forma estricta en gran parte de la jurisprudencia de la Corte al analizar las restricciones legítimas a los derechos establecidos en la Convención Americana y constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad en las decisiones de los Estados. Se ha interpretado que este requisito exige la existencia de una ley en sentido formal y material, que las causas de dicha restricción estén "expresa, taxativa y previamente" fijadas por la ley, que sean necesarias para asegurar el fin legítimo perseguido y que no deban de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario el derecho afectado.[35] Entre otros elementos de las restricciones se ha señalado por ejemplo en el *Caso Chaparro y Lapo vs. Ecuador* que deben justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad.[36]

Sin embargo, en el *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador* se ha flexibilizado la redacción de la jurisprudencia constante al señalar que "no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley".[37] Dicha jurisprudencia que parece sustentarse más en la Corte Europea que en la interamericana no se ha repetido y constituye un precedente aislado.

El significado del artículo 21.3 no ha sido desarrollado por la Corte Interamericana y algunos autores entienden que no se reconoce un derecho sino un "mandato a la ley interna" y que "no puede operar por sí sola".[38] Tampoco se encuentran en los trabajos preparatorios referencia a su contenido o discusión de fondo en torno al mismo.

3. Titularidad del derecho a la propiedad: protección a accionistas de empresas y a comunidades indígenas

La Convención Americana consagra al ser humano como titular de los derechos humanos, entre ellos del derecho a la propiedad privada. En cambio el Convenio Europeo en su Protocolo primero consagra explícitamente tanto a los seres humanos como a las personas jurídicas como titulares de este derecho.

En el marco del derecho a la propiedad privada esto tiene especiales consecuencias, dado que la creación de sociedades es común e incide enormemente en el patrimonio de las personas que las conforman y en el ejercicio de sus derechos y todavía no ha tenido una respuesta sólida de los órganos del sistema.[39] Los Estados pueden afectar gravemente de diversas maneras este y otros derechos humanos, actuando u omitiendo actuar en contra o a favor de las empresas, corporaciones, sociedades o cualquier tipo de organización societaria, con o sin fines de lucro.

párrs. 144-145; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, párr. 137.

34 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 128.

35 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 95; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; y Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas.* Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit*., párr. 39.

36 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuado*r, párr. 188.

37 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepción preliminar y fondo, párr. 65, con base en la jurisprudencia sentada en el Caso Chaparro y Lapo al analizar las causales de restricciones al derecho a la libertad personal. Sin embargo, el párrafo citado por la Corte como su propio antecedente tiene una modificación en la redacción del texto principal que varía el sentido del precedente. Al respecto el Caso Chaparro y Lapo no hablaba de "no es necesario" de que toda causal de restricción esté en la ley, sino que mencionaba que "no era suficiente".

38 Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991, pág. 112.

39 *Ibid*.

La Corte en el año 2001 parecía perfilarse a una posición amplia al respecto en el *Caso Cantos vs. Argentina*, en respuesta a los argumentos del Estado planteados en una excepción preliminar sobre la incompetencia *ratione personae* del tribunal, por ser la afectada en el caso una persona jurídica. En esta ocasión señaló con contundencia que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.[40] Consecuentemente, afirmó que "no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico".[41] Pese a estas determinaciones de *obiter dictum*, la Corte se ha demostrado vacilante para decretar violaciones específicas ocasionadas por la acción u omisión de los Estados dirigidas formal o principalmente a empresas o corporaciones o sus bienes,[42] atender a problemáticas mayores que cuestionan el Estado de derecho en las democracias latinoamericanas y resolver conflictos que podrían suponer reparaciones millonarias.

Debido a esta ficción el resultado del litigo ante la Corte es dispar. Por ejemplo, en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* la Corte decretó la violación al 21 de la Convención por la intervención ilegítima del Estado en el uso y goce de las acciones que la víctima tenía en un canal de televisión. La intervención se logró a través de una medida cautelar en un proceso civil arbitrario privándolo del goce de sus acciones mayoritarias y de la calidad de Presidente y directivo de la empresa, con el propósito de apartarlo de la dirección informativa del Canal. En el *Caso Cantos vs. Argentina* la Corte dejó fuera del análisis jurídico algunos elementos del derecho a la propiedad por carecer de competencia temporal sobre los hechos, así como no se pronunció en la sentencia de fondo, sin dar explicación alguna, sobre los alegatos vertidos respecto de la violación al artículo 21 de la Convención por el cobro de "sumas exorbitantes" como tasa judicial y honorarios, sumas que llegaban hasta 140 millones de dólares.[43] En el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* la Corte entendió que las consecuencias civiles derivadas de una sentencia penal que recayeron directamente en el representante de la empresa afectada en el caso (Periódico "La Nación") no fueron dirigidos en contra de la presunta víctima "como sujeto privado o particular.[44] En el *Caso Perozo y otros vs. Venezuela* consideró que los daños fueron ocasionados a la sede o a bienes del canal de televisión Globovisión, "como empresa o persona jurídica" sin que se haya demostrado cómo tales daños producían una afectación directa a las víctimas como accionistas.[45] En cambio, en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo* Íñiguez *vs. Ecuador* analizó la violación al artículo 21 en profundidad al considerar intromisiones arbitrarias en el goce de bienes de la empresa que "inciden en el valor y productividad de ésta, lo que a su vez perjudica a quienes son sus accionistas".[46]

De esta manera la jurisprudencia de la Corte, compartida por la Comisón IDH en sus decisiones de admisibilidad[47] exige: 1) un nivel de prueba más alto sobre la relación entre el actuar u omitir del Estado lesivo de derechos y la persona física que forma parte de la persona jurídica atacada (conexidad

---

[40] Corte IDH. *Cantos vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 27; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 399.

[41] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuel*a, párr. 399; Corte IDH. *Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares, párr. 29.

[42] *Ibid.*

[43] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 160.

[44] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 100.

[45] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 403.

[46] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador,* párr. 209.

[47] Informe No. 72/11 Petición 1164-05. William Gómez Vargas (Costa Rica), 31 de marzo de 2011, párr. 36. CIDH. Informe No. 67/01, Tomás Enrique Carvallo Quintana (Argentina),14 de junio de 2001, párr. 54. Informe No. 10/91. Caso 10.169 Perú. 22 de febrero de 1991, considerandos 2 y 3; También Informe N° 39/99 del 11.III.1999, Mevopal, S.A.-Argentina, párr. 17. Problemático para Gros Espiell, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991, pág. 112.

en palabras de la Comisión IDH);[48] 2) distinción entre actos dirigidos a una persona como "sujeto particular" o "como empresa o persona jurídica;[49] y 3) el requisito formal de que los recursos interpuestos internamente hayan sido presentados también en "nombre propio" y no sólo en nombre de la empresa.[50]

Estos criterios permiten dejar fuera del análisis del sistema interamericano casos o parte de los hechos en casos de graves violaciones a los derechos humanos logradas por el Estado a través del uso desproporcionado de poder en contra de empresas u otro tipo de asociaciones,[51] da lugar a distinciones formales, difíciles o artificiales en cada caso particular debiendo determinar si el acto se dirige contra la empresa en sí o contra la persona física que trae el planteo ante el sistema o se presenta como víctima, resultando en la protección del derecho a la propiedad, entre otros, de la persona en tanto sea accionista de la empresa[52] o se encuentre en situaciones derivadas de tal condición, como por ejemplo ser accionista ejerciendo la representación de la empresa. No se han presentado casos ante la Corte que supongan afectaciones al derecho a la propiedad por nacionalizaciones.

Por otro lado, en el caso de las comunidades indígenas para reclamar el respeto y garantía del uso y goce de la propiedad sobre sus tierras ancestrales afortunadamente no presenta similar desarrollo o problemática en torno a la titularidad de los derechos y la Corte ha rechazado consistentemente los argumentos de los Estados que aluden a la falta de "personalidad jurídica" de las comunidades en el ámbito interno que impedirían que la Corte conozca de estos asuntos.[53] A pesar de que la Corte sigue exigiendo, y cada vez con mayor rigor, la identificación individual de víctimas en el escrito de demanda de la Comisión Interamericana, en los casos de derechos indígenas ha tomado en cuenta las afectaciones a la comunidad como un todo, para determinar no sólo las violaciones a los derechos humanos sino además, diseñar esquemas de reparación.[54]

III. Los bienes protegidos y los poderes del Estado

1. La protección a las pensiones adquiridas y escaso poder limitante del Estado

A través de las jurisprudencia desarrollada en el 2003 en el *Caso Cinco pensionistas vs. Perú*, posteriormente consolidada con contundencia en el 2009 en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú,*[55] la

[48] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela, op.cit.*, párr. 403.

[49] *Ibid.*

[50] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 30. Este elemento surge con mayor contundencia de las decisiones de la Comisión Interamericana que afirma que son inadmisibles los casos que en el ámbito interno hayan sido presentados solo en nombre de personas jurídicas: Informe No. 72/11 Petición 1164-05. William Gómez Vargas (Costa Rica), 31 de marzo de 2011, párr. 36; Informe No. 92/03, Elias Santana y otros (Venezuela). CIDH, Informe Anual de 2003, párrafo 50, donde se cita el Informe No. 67/01, Caso 11.859 Tomás Enrique Carvallo Quintana (Argentina). CIDH, Informe Anual de 2001; Informe No. 103/99, Bernard Merens y Familia (Argentina), 27 de septiembre de 1999. CIDH, Informe Anual 1999; Informe No. 10/91, Caso 10.169 Banco de Lima (Perú). CIDH, Informe Anual 1990-1991, pág. 452; Informe No. 47/97, Tabacalera Boquerón (Paraguay). CIDH, Informe Anual 1997, pág. 229; Informe No. 39/99, Mevopal, S.A. (Argentina). CIDH, Informe Anual de 1999, párr. 2.

[51] Serán muy pocos los casos que lleguen a la Corte por las inadmisibilidades de la Comisón IDH y en el caso que ésta supere los elementos necesarios para tener competencia *ratione personae*, deberá enfrentarse a los estrictos criterios que la Corte ha aplicado para dejar fuera del análisis numerosos hechos entendiendo que se dirigían en contra de empresas. Esto se ve particularmente en los casos de contenciosos en que los actos u omisiones de actuar del Estado se dirigían a canales de televisión como Globovisión y RCTV en Venezuela.

[52] Galvis Patiño, María Clara, *El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales*. Versión suministrada por la autora a publicarse en el libro UNAM/Corte IDH. "La América de los derechos".

[53] Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary. Oxford University Press. New York. 2011, pág. 504.Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que no es necesario que todas las víctimas pertenecientes a una comunidad indígena se encuentran previamente determinadas, siempre y cuando sean identificables.

[54] *Ibidem*, pág. 504.

[55] Sobre los *Casos Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía,* en relación con desarrollo progresivo, véase también el

Corte Interamericana ha delineado los criterios en torno a la protección de los derechos adquiridos de los “pensionistas” o trabajadores jubilados o cesantes a través del artículo 21 de la Convención. Los hechos de ambos casos son similares y se basan en reducciones de beneficios en pensiones por decretos ley o decretos supremos declarados inconstitucionales por las cortes peruanas, siendo las víctimas beneficiarias de un régimen de pensiones ya reconocido tanto por el derecho como por las cortes internas. La solución de fondo en ambos casos es idéntica y las diferencias que se presentan, después de duras críticas sustanciales al primero[56] y 6 años de escasos avances en su cumplimiento,[57] siguen sin lograr responder a los interrogantes de fondo que surgen en estos casos.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, bajo el artículo 21 de la Convención se protege los “efectos patrimoniales” de un régimen de pensión determinado por el ordenamiento jurídico interno a los que tiene derecho una persona, que luego de realizar sus aportes y jubilarse, ve modificado de forma arbitraria los montos reconocidos por el Estado en un momento dado. Para alcanzar tal protección la Corte entiende que la violación al artículo 21 de la Convención se configura únicamente por la violación del artículo 25 de la misma, consumada cuando una persona acude a las autoridades judiciales internas reclamando por tal modificación, éstas reconocen que el actuar del Estado en la modificación de los beneficios de las pensiones fue arbitrario, exigen que se recalcule las pensiones de un modo diferente y las autoridades que deben hacerlo no respetan dicha decisión. Es decir, la jurisprudencia en esta materia para decretar una violación al derecho a la propiedad en este ámbito exige: 1) la reducción arbitraria de la pensión reconocida en el ámbito interno; y 2) que tal reducción se consolide con el desacato a las decisiones internas favorables obtenidas por las víctimas.[58]

Algunos autores entienden que la protección de estos “derechos adquiridos” como parte del patrimonio de una persona a través del artículo 21, iniciada en el caso 5 pensionistas demuestran la “amplitud” del contenido dado al artículo 21 por la Corte.[59] Sin embargo, otros estudiosos sostienen que el análisis dado en el artículo 21 es errado y en conjunto constituye un precedente “desastroso”,[60] que deja sin resolver los principales cuestionamientos de fondo que se plantean en estos casos, como ser la justiciabilidad internacional del derecho a la seguridad social y las facultades del Estado para limitarlo.[61]

Cabe destacar que la Corte ha adoptado una solución casuística y no analiza el contenido y alcance del derecho a la pensión o a la seguridad social del ser humano, ni ha delineado sus estándares internacionales a través del artículo 21.[62] En el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú* se hizo una referencia al determinar reparaciones por daño inmaterial, a la “aspiración natural de un trabajador cesante o jubilado” de “disfrutar de la libertad y el descanso que supone cumplir con el tiempo de prestación laboral, contando con la garantía y seguridad económicas que representa el pago de la pensión íntegra a la que aquél se hace acreedor a partir de sus aportaciones”.[63] Al respecto, la Corte presumió que tal “aspiración natural” ocasiona un daño inmaterial en el caso concreto por “la falta de tranquilidad en lo económico”.

En otro caso en que no se analiza la violación al derecho a la propiedad, también en materia de incumplimientos de sentencias internas por despidos arbitrarios y demoras en cumplimientos de

comentario al artículo 26, de Christian Courtis, el cual forma parte de esta obra.

56 Melish, Tara J. ‘APyrrhic, *Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity’*, CEJIL Revista: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Vol. 1, No. 1 (2005), pp. 51–66.

57 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009.

58 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú,* párrs. 117, 118 y 120 y más contundentemente en el párr. 90 del Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, recogiendo anteriores votos razonados. Sobre el particular ver Melish, Tara J, *op .cit*., págs. 51–66; y Galvis Patiño, Maria Clara.

59 Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit*., pág. 627, 24.16; y Galvis Patiño, Maria Clara.

60 Melish, Tara J. págs. 51–66.

61 *Ibid*.

62 *Ibid*.

63 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú,* párr. 131.

los amparos favorables a los derechos laborales de las víctimas, la Corte ha realizado mejores consideraciones solicitando al Estado determinar como reparación al daño material, “de acuerdo al derecho interno y a través de los mecanismos correspondientes, quiénes son las víctimas que tienen derecho a la jubilación”.[64] La Corte pese a no reconocer el impacto en el patrimonio personal como violación independiente al derecho a la propiedad privada que puede tener las distintas violaciones por parte del Estado al derecho al trabajo y sus derechos conexos (por ejemplo no percibir salarios o jubilación) y limitarse al análisis de violaciones por desacato de sentencias internas, ha dado protección indirecta a estos derechos. Por ejemplo, ha reconocido en la parte de reparaciones que por “no poder ejercer el derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permitiera a las víctimas y sus familiares gozar de un estándar de vida digno, *se impidió que éstos tuvieran acceso al bienestar económico* y pudieran proporcionar a sus familiares mejores condiciones de salud, vivienda y educación, entre otras”.[65]

Una mejor protección de los derechos laborales como tales, aunque no aplicada a un caso concreto, surge de la jurisprudencia consultiva de la Corte[66] en la que se menciona a la seguridad social como derecho de los trabajadores y da ejemplos más generosos en torno a violaciones de derechos humanos por parte del Estado que incurre, por ejemplo, en “la denegación del derecho a la pensión de un trabajador […] que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales”.[67] Dichas situaciones todavía no se han planteado como casos contenciosos ante el Tribunal y parecería difícil que llegaran ya que la Comisión IDH rechaza los casos en que existe una diferencia en la interpretación entre las presuntas víctimas y el Estado sobre el cumplimiento de requisitos que están establecidos en una ley para recibir beneficios jubilatorios y que no han sido reconocidos por los tribunales internos.[68]

Tanto en el *Caso de los Cinco pensionistas* como en el *Caso Acevedo Buendía y otros*, la Corte no ha aplicado de manera clara su habitual análisis o test (legalidad, necesidad y proporcionalidad) sobre las limitaciones posibles al derecho a la propiedad privada en manos del Estado, dejando al parecer intangibles, inmodificables o con mínimo poder de limitación sobre los beneficios patrimoniales que se haya reconocido en la legislación interna.[69]

En cuanto a las diferencias notables entre estos casos se pueden resaltar dos aspectos. El primero surge de mejores consideraciones en el *Caso Acevedo Buendía*, aunque de *obiter dicta* y confusas, sobre el contenido del artículo 26 de la Convención. En esta oportunidad a Corte afirmó directamente que *los derechos económicos sociales y culturales son justiciables en el ámbito internacional.*[70] De esta manera se supera la desafortunada interpretación de la Corte[71] en la sentencia de cinco pensionistas, en la cual entendió que el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a la seguridad social y a la pensión, “se debe medir […] sobre el conjunto de la

[64] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144; párr. 305, habla de derecho a la jubilación, especialmente reparaciones. Sobre cómo realiza la Corte Interamericana la protección de los derechos de los trabajadores ver: en Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit*., Capítulo 18.

[65] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, párr. 311.

[66] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 157. Expresamente consagra el derecho a la seguridad social como derechos de los trabajadores.

[67] *Ibidem*, párr. 154.

[68] Informe No. 79/10 Petición 12.119. Inadmisibilidad. Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima y Callao. Perú. 12 de julio de 2010.

[69] Tara J. Melish, ‘APyrrhic Victory for Peru’s Pensioners.

[70] Para un análisis detallado sobre este desarrollo ver Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit*., pág. 631-634.

[71] Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit*., pág. 630; Tara J. Melish, ‘APyrrhic Victory for Peru’s Pensioners, pág. 631.

población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente".[72] Sin embargo, también en el *Caso Acevedo Buendía*, la Corte rechazó los argumentos de los representantes de las víctimas en torno a la violación del artículo 26 de la Convención, los que la Comisón IDH ya no se atrevió a sustentar nuevamente. La Corte ha dejado de lado, por ahora, el desarrollo del *derecho a la pensión o a la seguridad socia*l cómo un derecho económico, social y cultural, proveniente del derecho al trabajo, justiciable y generador de obligaciones internacionales para el Estado, canalizable también por el artículo 21 de la Convención. Con la declaración de la justiciabilidad internacional de los derechos laborales se abre el camino para el futuro litigio, pero no se cuenta con elementos actuales claros.

El segundo aspecto decidido de forma diferente en el *Caso Acevedo Buendía* es la no remisión a los tribunales internos para el cálculo del monto que les corresponde a las víctimas. Tal decisión puede tener como base la experiencia de la Corte en la supervisión de cumplimiento del *Caso Cinco pensionistas*, a través de la cual se demostró que dejar tal determinación en manos de los autoridades internas solo se transformó en un justificativo estatal para incumplir la decisión de fondo adoptada por la Corte.[73]

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH sentó claramente que no hay un derecho general a beneficios de la seguridad social que deriven del derecho a la propiedad privada establecida en el artículo 1 del Protocolo Primero.[74] Sin embargo, reconoce que se puede obtener la protección de dicho artículo cuando la víctima demuestra que tiene un derecho legal a los beneficios en la legislación interna, si satisface ciertas condiciones. El TEDH no distingue los casos en que la víctima realizó aportes de los que no lo hizo. Si el Estado no les reconoce en el procedimiento interno los beneficios reclamados, la Corte Europea solamente analizará el caso bajo el artículo 1 del Protocolo si los beneficios se han negados con base en condiciones discriminatorias establecidas en el artículo 14 de la Convención. En estos casos el derecho a recibir el beneficio existirá sin importar que no haya cumplido las condiciones requeridas.[75] La Corte Europea reiteradamente repitió que el Convenio Europeo y el Protocolo primero no garantizan el derecho a adquirir propiedad como derecho económico, social o cultural. Sin embargo, en una decisión de la Gran Cámara más reciente en el contexto de seguridad social comienza a afirmar que no hay una división tajante separando las esferas de derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales.[76]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana analizada demuestra que se ha evitado pronunciar en profundidad sobre las facultades del Estado de modificar con efecto retroactivo las pensiones cuando circunstancias de índole socio-económico lo exijan y demuestra cierta antipatía para desarrollar estándares de la mano de casos en que las víctimas no "son tan vulnerables", como estos casos en que no se trataba de pensiones bajas, sino de privilegio.[77]

2. Derecho a la propiedad ante procesos penales y las facultades de investigación del Estado

El derecho a la propiedad frente a las facultades del Estado de investigación penal ha sido puesto a prueba por la Comisión IDH[78] ante la Corte IDH desde 1999 en el *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Sin

[72] Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, párr. 147.
[73] Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, párr. 32.
[74] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., pág. 660.
[75] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., 660.
[76] *Ibid*.
[77] Tara J. Melish, 'APyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity', CEJIL Revista: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Vol. 1, No. 1 (2005), pp. 51–66; Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, párr. 147.
[78] La Comisión sostuvo que el Estado violó el derecho a la propiedad en perjuicio de la víctima, pues el embargo trabado

embargo, el tribunal no se pronunció en ese caso sobre las posibles violaciones al derecho a la propiedad de una persona sometida a un proceso penal por medio de la imposición de medidas cautelares reales, sin dar mayor explicación.[79] No fue sino hasta el 2004 que la Corte IDH comenzó a pronunciarse sobre las posibles limitaciones que puede imponer el Estado al derecho a la propiedad en uso de sus facultades de investigación al resolver el *Caso Tibi vs. Ecuador,*[80] en el que declaró que el Estado violó el derecho a la propiedad de la víctima en el caso particular, porque no había devuelto los bienes que había incautado con base en la necesidad de "luchar contra el narcotráfico" y cuya devolución ya había ordenado los tribunales internos. El punto neurálgico de protección en este caso radica en la asunción de la presunción *iuris tantum* que la *posesión de bienes muebles adquiere la calidad de propiedad* y que el Estado debe tratar a los poseedores como propietarios, sin que pueda exigir la presentación de título alguno, aún de muebles registrables, para devolver bienes incautados arbitrariamente en el marco de un proceso penal.[81] No realiza un análisis sobre legalidad, legitimidad y proporcionalidad de la restricción al derecho a la propiedad.

Este casuístico precedente fue aclarado y explicado en mayor profundidad y detalle en 2007 en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. En dicho caso la Corte realizó el análisis del derecho a la propiedad, de la mano del texto del artículo 21.1 y 21.2 estudiando los elementos necesarios que se deben presentar en una limitación a un derecho que no es absoluto, para que dicha limitación sea considerada convencional.

Primero, aclaró que el Estado tiene facultades para restringir el derecho a la propiedad en el marco de investigaciones penales y la existencia de dichas restricciones en una ley *per se* no conlleva violación alguna al artículo 21 de la Convención. Segundo, enmarcó su razonamiento en los elementos necesarios para que una limitación pueda ser legítima, y reconoció que en el caso particular las causales de restricción provenían de una ley,[82] tal como lo exige la Convención. Tercero, interpretó que no es suficiente la existencia de la causal de limitación en la ley sino que tales limitaciones deben tener fines legítimos buscados por el Estado, como lo es: "i) evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, ii) procurar el éxito de la investigación penal, iii) garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o iv) evitar la pérdida o deterioro de la evidencia". Cuarto, exigió que la medida cautelar real "debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad.[83] Quinto, señaló que deben existir "indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia". Sexto, indicó que deben ser ordenadas y supervisadas por 'funcionarios judiciales". Séptimo, declaró que deben ser levantadas si "desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria" y que el juez "debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso".

La Corte remarcó que "[e]ste punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser

sobre sus bienes no fue consecuencia de un proceso debido ni fue ordenado por un juez competente e imparcial. Asimismo, la Comisión manifestó que, al mantener a la víctima recluida en prisión, el Perú ha violado su "derecho al trabajo", produciéndole daño emergente.

79 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr.183. La Corte estima que, en el marco del artículo 21 de la Convención Americana, no se comprobó que hubo una violación, per se, del derecho del señor Cesti Hurtado sobre su propiedad. Los efectos que su detención, procesamiento y condena hubieran podido producir en su patrimonio o en su capacidad de trabajo derivarían de la violación de los artículos 7, 8 y 25 de la Convención, por lo que la Corte reserva su pronunciamiento sobre dichos efectos para la etapa de reparaciones, en su caso.

80 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

81 Galvis Patiño, María Clara.

82 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*, párr. 186.

83 *Ibidem*, párr. 188.

levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad". De esta manera la Corte extendió las garantías necesarias desarrolladas en su jurisprudencia en materia de restricción a la libertad personal a través de medidas cautelares personales, a las restricciones a la propiedad impuestas a través de medidas cautelares de carácter real, y destacó la conexión existente entre el derecho a la presunción de inocencia y la imposición de estas medidas en el marco de procesos penales.

Una segunda parte del análisis se basa en la arbitrariedad del caso particular, exigiendo que las medidas que restringen el derecho de propiedad se encuentren debidamente motivadas. Tal requisito de motivación requiere, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana que en las órdenes de incautación se precise lo siguiente: a) "que existían probabilidades e indicios suficientes para inferir que los bienes estaban realmente involucrados en el ilícito";[84] b) reevaluación de la necesidad de la medida si desaparecen los motivos que las hicieron necesarias;[85] c) "si la investigación podía continuar sin afectar en tal grado la posesión y el manejo" del bien.[86] Al no contar con una motivación adecuada se viola el goce del derecho a la propiedad 21.1.

Finalmente, cabe destacar que la Corte encontró en este caso "que la no devolución de bienes a la empresa incide en el valor y productividad de ésta, lo que a su vez perjudica a quienes son sus accionistas". Este perjuicio debe ser entendido como una intromisión arbitraria en el "goce" del bien, es decir, en el marco del artículo 21.1 de la Convención.

3. El derecho a la propiedad y poder de expropiación del Estado

No fue sino recién hasta el año 2008[87] en el *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador* que la Corte comenzó a desarrollar jurisprudencia en torno al poder de expropiación del Estado sobre bienes inmuebles de las personas, con el propósito de cumplir con un fin de "utilidad pública" permitido en la Convención. Dicho poder ha sido y es ejercido por los Estados latinoamericanos de forma constante en distintos ámbitos que comprenden, entre otros, nacionalizaciones, construcción de obras de infraestructura, explotación de recursos naturales, reformas agrarias, etc. Los afectados pueden ser ricos y pobres, pueblos indígenas o personas no indígenas, empresas nacionales o extranjeras.

Por ello una decisión de la Corte Interamericana en esta materia es un importante precedente para hacer funcionar un sistema de frenos y contrapesos, exigiendo al Estado que en la utilización de ese poder cumpla con estrictos requisitos convencionales. Sin embargo, el primer precedente demuestra, al igual que al analizar el tema de las pensiones, dificultad de la Corte en resolver, lo que en este caso se refleja con la postergación de la decisión sobre reparaciones a un acuerdo entre partes que, al no lograrse, ocasionó que la Corte determinara las reparaciones, en una inhabitual división de votos.

En el *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador* se ha flexibilizado la redacción de la jurisprudencia constante al señalar que "no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley".[88] Dicha jurisprudencia no se ha repetido hasta el momento y tiene más similitud con los precedentes de la Corte Europea que con los propios.

---

[84] *Ibidem*, párr. 197.

[85] *Ibidem*, párr. 198.

[86] *Ibidem*, párrs. 198 y 199.

[87] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C No. 222.

[88] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo, párr. 65, con base en la jurisprudencia sentada en el Caso Chaparro y Lapo al analizar las causales de restricciones al derecho a la libertad personal. Sin embargo, el párrafo citado por la Corte como su propio antecedente tiene una modificación en la redacción del texto principal que varía el sentido del precedente. Al respecto el Caso Chaparro y Lapo no hablaba de "no es necesario" de que toda causal de restricción esté en la ley, sino que mencionaba que "no era suficiente".

a. Declaratoria de utilidad pública

Del *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador* se desprende como principio un amplio poder del Estado de limitar el derecho a la propiedad privada con base en "razones de utilidad pública e interés social". Al respecto, la Corte señaló que este puede ejercerse sobre "todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática".[89] En el caso particular se expropió a una persona individual de un bien inmueble situado en la capital para destinarlo a un parque público considerado pulmón de la misma. La Corte destacó que "un interés legítimo o general basado en la protección del medio ambiente […], representa una causa de utilidad pública legítima".[90]

Sin embargo, la Corte no analizó el contenido del acto de declaratoria de utilidad pública, ni su posible arbitrariedad al entender que "no existe controversia entre las partes respecto al motivo y fin de la expropiación del inmueble".[91] Pero, tal como lo reconoce la propia Corte todavía dicha controversia se encuentra pendiente de decisión en el ámbito interno.[92] Bajo el tema de utilidad pública la Corte consideró únicamente como violatorias al derecho de propiedad "la falta de una resolución definitiva de los recursos subjetivos presentados por la presunta víctima" y relacionó el perjuicio ocasionado por dicha dilación al "estado de incertidumbre" en el que queda el interés social que fundamenta la expropiación. Al respecto, resaltó que el paso del tiempo sin resolver la cuestión "pone en riesgo no sólo el interés público […], sino además el real beneficio del cual está siendo objeto la comunidad en su conjunto, ante la posibilidad de una resolución desfavorable en este sentido".[93]

La Corte, con base en los alegatos de la Comisión y de los representantes de la víctima, evitó pronunciarse sobre una parte neurálgica de esta temática que permite control de convencionalidad sobre el actuar del Estado en un elemento sustancial del poder expropiatorio como lo es la legalidad y legitimidad del acto de declaratoria de utilidad pública.[94] Tampoco surge de la jurisprudencia pautas generales sobre qué órgano en una sociedad democrática debe ser el indicado para determinar la utilidad pública en materia de expropiación, sobre el contenido que debe tener dicho acto para no ser arbitrario (motivación analizada en otras limitaciones),[95] sobre los mecanismos alternativos menos lesivos existentes, y sobre la posibilidad del propietario de cuestionar con anterioridad al acto tal declaratoria, entre otros.

b. Justa indemnización

El eje central de la violación al derecho a la propiedad giró en torno al requisito establecido por la Convención Americana relativo al pago de la "justa indemnización" y la Corte indicó que para que sea convencional ésta debe ser "adecuada, pronta y efectiva". Tal calificación surge de principios generales de derecho internacional, también adoptados por la Corte Europea para dar un alcance mayor a la protección del derecho a la propiedad, dado que la compensación no es un elemento expreso en el texto del derecho a la propiedad privada establecido en el Protocolo 1.[96] La Sentencia de la Corte Interamericana no plantea la necesidad que la indemnización sea previa a la ocupación o a la privación efectiva de la propiedad en cuestión, elemento que se tiene en cuenta en algunos regímenes de expropiación latinoamericanos.

---

89 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Reparaciones y costas, párr.73.
90 *Ibidem*, párr. 65
91 *Ibidem*, párr. 65.
92 *Ibidem*, párr. 77.
93 *Ibidem*, párr. 89.
94 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, el análisis en el caso va más allá del fin legítimo alegado para buscar cuales son los fines convencionales permitidos para una medida cautelar real y los determina explícitamente la Corte. Quizás el voto del Juez Manuel Ventura Robles puede demostrar esta falta de análisis, extrañando en el elemento de justo equilibrio entre derecho individual e interés general.
95 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, párr. 197.
96 Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., pág. 679.

En cuanto al concepto de "adecuada", la Corte Interamericana introduce tres elementos de referencia: 1) "el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública", elemento reconocido en la muchas legislaciones sobre expropiación; 2) el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular", elemento que surge de la jurisprudencia europea (*fair balance*) en casos marcadamente diferentes;[97] y 3) los intereses devengados desde que se "perdió el goce efectivo de la posesión del inmueble",[98] elemento que puede ser discutible por poder pasar muchos años entre el acto de declaratoria de utilidad pública, el cual comienza a afectar el uso y goce del inmueble, tornándolo indisponible.

El primer y tercer elemento son determinables, de carácter técnico, en cambio el segundo elemento puede dar lugar a discrecionalidad en la determinación del monto. En las legislaciones internas lo que correspondería al "justo equilibrio" es un elemento a considerar para la declaración de "utilidad pública" y no para determinar el monto indemnizatorio. Tanto el estándar de justa compensación como los métodos de avalúo de propiedades tomados en cuenta por la Corte Europea y como principios de derecho internacional son controvertidos y han cambiado desde que se redactó el protocolo.[99]

En el caso particular, ante la discordancia entre los montos alcanzados en peritajes y avalúos realizados a la propiedad y presentados como prueba ante la Corte, se decidió que las partes deberían llegar a un acuerdo, postergando la determinación de las reparaciones para un momento posterior a la sentencia de fondo.[100] Este elemento de acercar a las partes para que resuelvan su conflicto es de suma importancia en derecho internacional,[101] pero pese a barajarse en la etapa de reparaciones la posibilidad de llegar a un arbitraje internacional, el desacuerdo de las partes en la designación de las personas que integrarían el órgano arbitral encargado del avalúo del bien expropiado, llevó a la Corte a la difícil tarea pericial de calcular el monto correspondiente.[102] Tal determinación, acarreó disidencias de varios jueces de la Corte[103], las que no son tan habituales en número tan alto (cinco contra tres en cuanto al monto, sus intereses y modalidad de cumplimiento). Algunas de las disidencias sustanciales de la reparación pecuniaria se basan en que el monto determinado por la Corte al valorar el inmueble, más sus intereses, era demasiado alto en términos comparativos con otros casos de graves violaciones a los derechos humanos, llegando a ser la cifra "más elevada en la historia de aquélla a lo largo de treinta años".[104] Otras basadas en que al determinar tal indemnización se debería tener en cuenta elementos como: 1) la capacidad presupuestal del Municipio de Quito;[105] y 2) el interés general beneficiado por la expropiación.[106] Y finalmente, algunas de ellas referidas a la modalidad de cumplimiento en la cual, al darle plazo de muchos años para pagar un monto alto, para los disidentes, la Corte debería haber calculado, como lo hace siempre, los intereses correspondientes.[107]

Una parte de la problemática en este caso surge de la toma de decisiones en áreas ajenas a la expertise propia del tribunal. Por otro lado, es complicada la aplicación directa de la jurisprudencia Europea, cuyo tribunal tuvo que realizar diversas interpretaciones para afirmar que el Protocolo No. 1 contempla, al referirse a "*general principles of international law*", en el derecho a la propiedad implícitamente la justa

[97] *Ibidem*.

[98] Corte IDH. *Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Reparaciones, párr. 100.

[99] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., pág. 679.

[100] Corte IDH. *Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepción preliminar y fondo, párr. 134.

[101] Antkowiak, Thomas M., *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Colum. J. Transnat'l L. 351 (2008), págs. 389-402.

[102] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Reparaciones y costas, *op. cit.*, párr. 84. Suma de US$18,705,000.00 (dieciocho millones setecientos cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de justa indemnización.

[103] Votos parcialmente disidentes de los Jueces García-Sayán, Medina Quiroga, García Ramírez; Franco, May Macaulay y Rodríguez-Pinzón.

[104] Voto parcialmente disidente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 19.

[105] Voto parcialmente disidente Juez Leonardo Franco, párr. 9; Voto parcialmente disidente Juez Diego García Sayán, párr. 30-31.

[106] Voto parcialmente disidente Juez Diego García Sayán, párr. 30-31.

[107] Voto parcialmente disidente Jueza Cecilia Medina Quiroga y May Macaulay y Juez Rodríguez-Pinzón.

indemnización para todas las personas. Dichos principios en materia de expropiación se basaban en la protección del derecho a la propiedad del "no nacional" frente a actos arbitrarios de expropiación[108] de un Estado que no era el propio. Esta problemática es ajena a la Corte Interamericana que cuenta con un instrumento internacional que exige como elemento para que una expropiación sea legítima la existencia de una indemnización justa.[109]

Además, la Corte Europea realiza la distinción cuando el Estado expropia para perseguir una reforma social o económica, de cuando persigue otros fines. En los primeros casos, puede apartarse del pago del monto completo que dicta el "valor del mercado". La carga de la prueba sobre la necesidad de apartarse del valor del mercado recae en el Estado.[110] La Corte Europea es reticente a determinar violaciones al derecho a la propiedad cuando la compensación en una expropiación se calculó con métodos objetivos y representación del expropiado en el proceso de determinación del monto.[111]

IV. El derecho a la propiedad intelectual e interés institucional del Estado

El *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* es el único en el que la Corte Interamericana determinó que la violación al derecho a la propiedad no cumplía con el segundo elemento de las limitaciones establecidas por la Convención Americana, cual es el fin perseguido por el Estado al plantear la limitación. Al respecto, al analizar la prohibición de publicación de un libro impuestas por las Fuerzas Armadas al autor la Corte señaló con contundencia "que la privación de la propiedad con fundamento en un 'interés institucional' es incompatible con la Convención".[112]

Otro elemento nuevo del caso surge de la definición de propiedad intelectual. En aplicación de la amplitud de la palabras bienes, dotó de protección convencional a los derechos de autor, que forman parte de la propiedad intelectual. Esta extensión de la protección convencional también fue realizada por la Corte Europea, aunque ésta tuvo oportunidad de pronunciarse en casos más complejos, como patentes.[113]

La Corte definió que "[l]a protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.[114]

Además se ha destacado que el contenido del derecho de autor, "se encuentra íntimamente relacionado con las dos dimensiones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión".[115] Con esta determinación la Corte pudo por primera vez establecer en reparaciones un monto por concepto de daño material en un caso de libertad de expresión.

[108] Harris, O'Boyle & Warbrick, *op. cit*., 679.
[109] *Ibid*.
[110] *Ibidem*, pág. 681.
[111] *Ibid*.
[112] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 109.
[113] Ver casos citados en Harris, O'Boyle & Warbrick, Cit., pág. 656.
[114] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 103.
[115] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 107.

V. El derecho a la propiedad sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales[116]

La Corte Interamericana hasta el momento ha desarrollado su jurisprudencia sobre el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos tanto indígenas[117] como tribales,[118] fundamentalmente a través del ejercicio de su función contenciosa, determinando violaciones al artículo 21 de la Convención en seis casos[119] y otorgando reparaciones colectivas en un caso en que el Estado reconoció responsabilidad respecto de la violación a dicho artículo.[120] Los esquemas de reparaciones colectivas diseñados en sus sentencias han sido vistos como revolucionarias y dignos de imitación por otros tribunales.[121]

La inclusión de la propiedad comunitaria en la protección establecida por el artículo 21 de la Convención comienza a perfilarse desde sus primeras sentencias en la materia, en el 2001 con la Sentencia emitida en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y continúa hasta ahora, en el 2010 con su sentencia en el *Caso* del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay***,** nueve años después.

En el análisis de los casos contenciosos la Corte Interamericana ha ido diseñando el marco jurídico internacional para resolver los complejos conflictos que surgen entre Estados y comunidades indígenas o tribales por la falta de reconocimiento *–de iure y de facto–* de su derecho a la propiedad. En los *Casos de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua y del Pueblo Saramaka. vs. Surinam,* la Corte resolvió los conflictos de derechos ocasionados por la falta de delimitación y demarcación de territorio, seguida por el otorgamiento de concesiones a terceros para la extracción y explotación de recursos naturales.[122] Por otro lado en los *Casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa y de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa,* ambos *vs. Paraguay,* la Corte se enfrentó ante la transferencia por el Estado de los *derechos de propiedad a terceros* y los pueblos indígenas reclamantes habían perdido la posesión de sus tierras, desplazándose en contra de su voluntad y en condiciones de extrema pobreza

---

[116] Este acápite se basa fundamentalmente en el comentario escrito por la autora con Antkowiak, Thomas M., en la Revista Aportes de DPLF No. 14. El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional. Año 3, septiembre de 2010; se nutre de las investigaciones realizadas para el informe escrito como consultora de DPLF para OXFAM. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Primera Edición, Washington DC., 2011; y la participación en la elaboración del Escrito amicus curiae en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado por Seattle University School of Law International Human Rights Clinic en abril de 2011.

[117] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay;* Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.*

[118] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* La Corte extendió la protección a un grupo Maroon de Suriname que tenía especial relación con sus territorios ancestrales; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. La Corte entendió en Moiwana que la especial relación con la tierra se dio en el caso de una comunidad afrodescendiente en Suriname, mereciendo la protección establecida en el artículo 21.

[119] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Interpretación de la Sentencia; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay;* y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.*

[120] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116. Hubo reconocimiento de responsabilidad respecto del artículo 21, razón por la cual no hay desarrollo de derecho de las violaciones al mismo. Sin embargo, la Sentencia de reparaciones toma en cuenta las pérdidas de bienes sufridas por las víctimas y sus familiares, y se otorgan importantes esquemas reparaciones al respecto, tomando en cuenta el desplazamiento sufrido, incluyendo por ejemplo un plan de vivienda.

[121] Antkowiak, Thomas M., *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond,* 46 Colum. J. Transnat'l L. 351 (2008), págs. 405, 413 y 414.

[122] Falta de delimitación y demarcación seguida de concesiones a terceros: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172 (explotación de oro y madera); Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79 (explotación de madera).

a otro lugar.[123] A su vez, en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam* la comunidad perdió la posesión de sus tierras al *desplazarse* después de sufrir una masacre de 40 de sus miembros y en el *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* el Estado reconoció responsabilidad internacional por la violación al derecho a la propiedad de las víctimas y sus familiares, obligadas también a desplazarse, otorgando sendas reparaciones a los individuos y a la comunidad en su conjunto.[124] En el caso más reciente *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay* la Corte resolvió la *reivindicación de tierras ancestrales* reclamadas por una comunidad indígena nómade y que se encuentra en manos de terceros.[125]

Por otro lado, la Corte hizo lugar a excepciones preliminares interpuestas por el Estado, desestimando alegatos a violaciones al derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 en dos casos. En el *Caso Chitay Nech y otro vs. Guatemala* la Corte desestimó los alegatos de los representantes sobre la pérdida de posesión de tierras heredadas y su imposibilidad de reclamarlas por tratarse de hechos conocidos con anterioridad que no fueron incluidos en la demanda de la Comisión ni alegadas ante ella,[126] y el hecho específico de la destrucción de la vivienda de la víctima –ocurridos durante los hechos detallados en la demanda– por ser anterioridad a la aceptación de competencia de la Corte.[127] La excepción *ratione temporis* también prosperó en el *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, en el cual la Corte entendió que las afectaciones al derecho a la propiedad provocada por soldados del ejército que consistieron en apoderamiento de bienes muebles y destrucción de inmuebles ocurrieron en el contexto de la masacre pero se produjeron antes de la aceptación de la competencia de la Corte.[128]

Es importante resaltar que la evolución jurisprudencial de la Corte naturalmente consolida la defensa de los derechos humanos de las comunidades indígenas realizada por las víctimas y sus líderes, por la sociedad civil y por la Comisión Interamericana a través principalmente del ejercicio de sus funciones preventiva y contenciosa.[129] La Comisión IDH requirió en diversas oportunidades medidas provisionales[130] ante el Tribunal cuando las cautelares propias no fueron efectivas, así como presentó las demandas en los casos contenciosos que se analizaron anteriormente.[131] Además, la CIDH sigue

[123] Ver Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.*

[124] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.* Para un comentario de esta sentencia ver Antkowiak, Thomas M. Moiwana Village vs. Suriname*: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, 25 Berkeley J. Int’l L. 268 (2007); Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

[125] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrs. 91, 56 y 65.

[126] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párrs. 26-30.

[127] *Ibidem*.

[128] Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 222.

[129] Antkowiak Thomas M. y Gonza, Alejandra. *El derecho a la consulta en las Américas*. Marco legal internacional. Año 3, septiembre de 2010, *op. cit*.

[130] Ver por ejemplo las decisiones de la Corte Interamericana adoptando o rechazando medidas en los siguientes: Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros respecto Panamá. Este caso ya fue admitido y se encuentra pendiente de decisión de fondo ante la Comisión Interamericana; Asunto del Pueblo Indígena Sarayaku respecto de Ecuador. Recientemente se celebró la audiencia pública en el caso que la CIDH presentó la demanda en abril de 2011 ante la Corte Interamericana; Asunto del Pueblo Indígena de Kankuamo respecto de Colombia; Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia.

[131] Demandas ante la Corte Interamericana que ocasionaron las sentencias en los 6 casos mencionadas en la notas 117 y 118; demandas en los casos pendientes de decisión: caso de la Comunidad de Rio Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros; Caso 12.649 contra Guatemala, 30 de noviembre de 2010 (violación al derecho a la propiedad en el contexto de desplazamiento forzado) y demanda en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 26 de abril de 2010 (derecho a la consulta y consentimiento).

elaborando informes de admisibilidad y fondo en casos concretos,[132] adoptando medidas cautelares,[133] realizando[134] o sobre un país determinado en los que analiza la problemática;[135] así como llevando a cabo audiencias públicas y visitas *in loco* en las que recaba información sustancial sobre la materia que le servirá de base para profundizar estos temas en futuros informes.

1. La protección de los derechos indígenas a través de la función cautelar

La Corte Interamericana ha protegido los derechos a la vida e integridad física de miembros de las Comunidades indígenas a través de distintas medidas provisionales, dando una protección tangencial al derecho a la propiedad comunal.[136] Sin embargo, todavía no surge claramente la protección preventiva del derecho a la propiedad comunal en sí misma, tal como es consagrado en el artículo 21, ordenando por ejemplo la suspensión de la ejecución de un proyecto en territorios indígenas.

La Comisión IDH ha intentado, sin éxito aún, obtener medidas provisionales de estas características ante la Corte a favor de comunidades indígenas asediadas por proyectos de desarrollo sin consulta previa, libre e informada en sus territorios. La Corte Interamericana encuentra dificultad en pronunciarse sobre un asunto que plantea posibles daños irreparables al derecho a la propiedad sobre territorios indígenas, sin pronunciarse sobre el fondo del mismo cuando el caso todavía no está ante el Tribunal, lo que ayudaría a prevenir daños futuros. En su resolución sobre el Asunto *Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros* respecto de Panamá, establece estrictos elementos a comprobar por el solicitante de medidas provisionales: 1) los hechos que la fundamentan "no requieren estar plenamente comprobados, [pero] sí se requiere un mínimo de detalle e información que permitan al Tribunal apreciar *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia";[137] 2) una distinción clara entre aquello que corresponde a lo estrictamente cautelar y aquello propio a dirimirse en el fondo de una petición;[138] y 3) mayor celeridad

[132] Ver por ejemplo: Informe de Admisibilidad No. 144/10, Petición No. 1579/07 - Vecinos de la Aldea Chichupac y Caserío Xeabaj del Municipio de Rabinal (Guatemala), 1 de noviembre de 2010; Informe de Admisibilidad No. 63/10, Petición No. 1119/03 – Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros (Honduras), 24 de marzo de 2010; Informe de Admisibilidad No. 125/10, Petición No. 250/04 - Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol (Brasil), 23 de octubre de 2010 Informe de Admisibilidad No. 141/09, petición No. 415/07 – Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoltinos y sus miembros (Chile), 30 de diciembre de 2009; Informe de Admisibilidad No. 105/09, Petición No. 592/07 – Grupo de Tratado Hul'qumi'num (Canadá), 30 de octubre de 2009. Informe de Admisibilidad No. 98/09, Petición No. 4355/02 – Pueblo indígena Xucurú (Brasil), 29 de octubre de 2009 (delimitación); Informe No. 58/09 Petición 12.354. Admisibilidad. Pueblo Indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros. Panamá. 21 de abril 2009; Informe 75/09, Petición 286-08, Admisibilidad, Comunidad Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola, Panamá, 5 de agosto de 2009; Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice, 12 de octubre de 2004; e Informe No. 75/02. Caso 11.140. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa, 2003.

[133] MC 105/11 - Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, Panamá; MC 382/10 - Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil; MC 61/11 - Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo, Colombia (minas plantadas por el ejército); y MC 269/08 – Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche; MC 260-07 a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, mediante las cuales se ordenó al Estado de Guatemala suspender las actividades mineras.

[134] Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II Doc 56/09 de 30 de diciembre de 2009, publicado en marzo de 2011; CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV Acápite 2 Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

[135] Comisión IDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia (2007), Capítulo IV C.

[136] Asunto del Pueblo Indígena de Kankuamo respecto de Colombia; Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia, quizás es el más contundente respecto de la explotación de palma africana.

[137] Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros. Solicitud de Medidas Provisionales respecto de la República de Panamá. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, Considerando once.

[138] Ver, por ejemplo, las decisiones de la Corte Interamericana en las que este Tribunal ha adoptado o rechazado medidas

en la Comisión Interamericana para decidir sobre el fondo de la petición en estos casos, dado que los argumentos sobre la urgencia de las medidas amerita un tratamiento urgente del fondo del asunto.[139]

Por su parte, la Comisión IDH cada vez es más audaz al conceder medidas cautelares en el marco de casos contenciosos presentados ante ella, ordenando a los Estados, por ejemplo: "suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica" y realizar procesos de consulta,[140] suspender las actividades mineras; "prevenir la contaminación ambiental", "descontaminar en lo posible las fuentes de agua", "asegurar el acceso por sus miembros a agua apta para el consumo humano", e "identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente.[141] Todavía existen puntos claves y complejos que deben ser desarrollados en la materia, así como derechos conexos que aún no han sido analizados en profundidad esta jurisprudencia tiene gran relevancia.

2. Características especiales del derecho a la propiedad colectiva y obligaciones estatales

La Corte Interamericana ha establecido que los Estados deben salvaguardar el derecho a la propiedad comunal de los pueblos que viven en *tierras ancestrales de conformidad con sus tradiciones*, con todos sus especiales elementos[142] y garantizar la supervivencia social, cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales.[143] Para algunos autores, a pesar del andamiaje jurídico establecido hace años por la Corte, todavía se presentan signos de una posición conservadora respecto de la propiedad de los pueblos indígenas sobre los *recursos naturales*,[144] al exigir una relación tradicional con los mismos para una mayor protección y obtención de beneficios.[145]

de protección en los siguientes casos: Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto de Panamá (este caso ya fue admitido y se encuentra pendiente de decisión de fondo ante la Comisión IDH); Asunto del Pueblo Indígena Sarayaku respecto de Ecuador; Asunto del Pueblo Indígena Kankuamo respecto de Colombia y Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia.

[139] Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto de Panamá.

[140] Ver, por ejemplo: MC 382/10 - Comunidades Indigenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las condiciones mínimas.

[141] MC 260-07 a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, mediante las cuales se ordenó al Estado de Guatemala suspender las actividades mineras, disponible en: http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm.

[142] Ver: Convención Americana, artículo 21; Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 14.1, que establece que "[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan"; Declaración de Naciones Unidas, artículo 26.1, en el cual se afirma que: "[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido"; la Declaración de Naciones Unidas, en su artículo 26.3, señala que los "Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos [y que d]icho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate". Jurisprudencia de la Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. op. cit.*, párr. 87; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *op cit*., párr. 88; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 118 y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 137.

[143] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *op. cit.*, párr. 91; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit.*, párrs. 148-149 y 151; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, op. cit.*, párrs. 118-121 y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, op. cit.*, párrs. 124, 131, 135 y 154. *Cfr*. también CIDH, Informe 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128: "la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas" y CIDH, Informe 40/04, Fondo, Caso 12.052, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 114: "el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales".

[144] Pasqualucci, Jo M., pág. 65.

[145] Escrito *amicus curiae* en el Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado por Seattle University School of Law International Human Rights Clinic en abril de 2011.

La Corte ha afirmado no sólo la obligación de respetar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, sino también ha enfatizado que los Estados tienen la “obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”.[146] Estas consideraciones de la Corte tienen especial relevancia para tratar la exclusión social y extrema pobreza que caracterizan a las realidades indígenas, así como dotar de operatividad a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT que establece que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” con su plena participación.[147]

Sin embargo, el mero reconocimiento por parte de los Estados del derecho a la propiedad especial y colectiva de sus pueblos indígenas no es suficiente. La Corte ha señalado varios aspectos sustanciales de los deberes de los Estados en este tema:[148]

3. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales, equivale al título de pleno dominio que otorga el Estado,[149] y abarca el concepto de territorios[150]

Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional les otorga el *derecho a exigir el reconocimiento oficial* de la propiedad y su registro[151] y el derecho a no ser trasladados de la misma.[152]

Deber de *otorgar títulos oficiales* de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicho territorio[153] y salvaguardar su certeza jurídica.[154]

Deber de proceder a la *demarcación o delimitación física* de la propiedad.[155]

---

[146] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 91. El artículo 14.1 del Convenio Nº 169 de la OIT señala que: “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

[147] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 14.2; Declaración de Naciones Unidas, artículo 27; y Caso de la Comunidad Moiwana. Cit., párr. 209.

[148] DPLF/OXFAM. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Primera Edición, Washington DC. 2011; y DPLF/IDL/Seattle University School of Law, El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú, 2010.

[149] Ver: Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 14.2; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Cit., párr. 109; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Cit., párr. 151 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Cit., párr. 128.

[150] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 13.2; Declaración de Naciones Unidas, artículo 25; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. op. cit.*, párr. 109; Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *op. cit*, párr. 128; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana, op. cit*., párrs. 131 y 209 y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, op. cit.*, párr. 151.

[151] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 109; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, op. cit.*, párr. 128; Caso de la Comunidad Moiwana, *op. cit*., párrs. 131 y 209 y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *op. cit.*, párr. 151.

[152] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 16.1.

[153] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 109; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones *Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit*., párr. 115; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, op. cit.*, párr. 153; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, op. cit.*, párr. 215 y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 209.

[154] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones *Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit.*, párr. 115.

[155] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, op. cit.*, párr. 143. Asimismo, el artículo 14.2 del Convenio Nº 169 de la OIT señala que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

Deber de *restituir,* cuando correspondiere, las tierras tradicionales a las comunidades,[156] cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y éstas se encuentren en manos de terceros. A pesar de tal pérdida de posesión, y aún a falta de título legal, se mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas y la restitución es la forma óptima de respetar el derecho a la propiedad, con prevalencia sobre derechos de terceros y mediante la adopción de medidas necesarias para que dichos terceros de buena fe sean debidamente indemnizados.[157]

Deber de *otorgar tierras alternativas* de la misma extensión y calidad que las perdidas, cuando la restitución no fuera posible *en Casos excepcionales y acordados con las comunidades* y sus representantes libremente elegidos.[158] En ningún caso la decisión de las autoridades internas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras estén en manos privadas o que están racionalmente explotadas.[159]

Deber de *indemnizar plenamente* a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.[160]

Sin embargo, se ha criticado que la Corte, a pesar de sus consideraciones profundas sobre el derecho a la propiedad indígena e identidad cultural no haya sido más tajante al dar preponderancia a la propiedad indígena sobre el derecho de los terceros en casos de necesidad de devolución de tierras.[161] Al respecto, en los casos en que ha ordenado al Estado tal devolución ha dejado en sus manos la valoración de la necesidad de "decidir si procede la expropiación del territorio a favor de los indígenas",[162] dejando siempre abierta la posibilidad de que si "por motivos objetivos y fundamentados, la devolución de las tierras ancestrales a los miembros de la Comunidad […] no fuera posible, el Estado deberá entregarles tierras alternativas".[163] Tal elemento ha causado que los Estados utilicen este argumento a su favor y que a pesar de los años no se haya logrado la reivindicación de territorios en varios de los casos tratados por la Corte.[164]

4. El derecho a la propiedad comunal y sus límites

El derecho a la propiedad colectiva no es absoluto. El esquema de restricciones permitidas analizadas anteriormente, también es aplicado por la Corte a estos casos, pero agregando desde *el Caso Saramaka vs. Suriname* que se satisfaga *un quinto* elemento: la restricción no puede "implica[r] una denegación

[156] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 16.3; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, parr 128; Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 284.

[157] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 16.3; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, parr 128; Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 284.

[158] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 16.4; Declaración de Naciones Unidas, artículo 28.2; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 109; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párrs. 128 a 130.

[159] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit*., párr. 284.

[160] Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 16.5; Declaración de Naciones Unidas, artículo 28.1. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párrs. 313, 320; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana, op. cit.,* párr. 213.

[161] Galvis Patiño, María Clara; y Pasqualucci, Jo M, J. p. 65.

[162] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 284.

[163] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 286; Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 212; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa.* Interpretación de la Sentencia, párr. 26, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa,* párrs. 144 a 154 y 217.

[164] Ver cumplimientos de sentencias *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009, pasaron casi 8 años hasta que se declaró cumplida toda la Sentencia; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 08 febrero de 2008; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 08 febrero de 2008 no hay avances en la entrega de tierras.

de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”.[165]

De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, para asegurar que una restricción a los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas o tribales no implique una denegación de la subsistencia como pueblo deben reunirse *tres salvaguardas*. Primero, el Estado debe asegurar la *participación efectiva* de los miembros del pueblo indígena o tribal, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo indígena se *beneficien razonablemente* del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.[166] Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión o permiso dentro del territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un *estudio previo de impacto social y ambiental.*[167]

En el cumplimiento de estas 3 salvaguardas, en la Sentencia de Interpretación en el *Caso Saramaka* de agosto de 2008 la Corte profundizó el *significado del deber del Estado de consultar* y entendió que existe una *amplitud de materias* sobre las que el Estado debe consultar *antes* de actuar y abarca desde procesos de delimitación de territorios, concesiones a terceros o adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole que los afecten.[168] Además, con el propósito de asegurar una participación significativa de los grupos indígenas, los Estados tienen la obligación de “*aceptar y brindar información* al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”.[169] Finalmente, la Corte aclaró que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir *sobre quién o quiénes representarán* al pueblo indígena en cada proceso de consulta[170] y que si surgen dudas al respecto el Estado debe adoptar medidas para conocer quiénes son los representantes adecuados.[171]

5. Deber de obtener consentimiento previo, libre e informado

En el *Caso Saramaka*, la Corte determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado tienen no solo el deber de consultar con la comunidad, sino también debe *obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones.*[172] La Corte definió “plan de desarrollo o inversión” en el sentido de “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [indígena o tribal], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.[173]

[165] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, párr. 128.

[166] El artículo 15 del Convenio No. 169 de la OIT establece que los gobiernos deben compartir con las comunidades afectadas cualquier beneficio que obtengan por el desarrollo de actividades en territorios indígenas. El artículo 32.3 de la Declaración de Naciones Unidas requiere a los Estados que “establezcan mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa” para las comunidades indígenas por proyectos “que afecte[n] a sus tierras o territorios y otros recursos”.

[167] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 129. La Corte recientemente ha aclarado que dichos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”, tales como las Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments. Sobre estudio de impacto en Naciones Unidas ver Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya de Julio de 2009, párrs.51-52; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[168] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Interpretación de la Sentencia.

[169] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Interpretación de la Sentencia, para 17. Sobre este punto específico ver el desarrollo realizado por la CIDH Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV. Acápite 2 Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

[170] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Interpretación de la Sentencia, párr. 18.

[171] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 48.

[172] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 134.

[173] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, pie de página numero 124.

El Tribunal sostuvo que "los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo".[174] Por ejemplo, en el *Caso Saramaka*, la Corte determinó que la madera era un recurso usado tradicionalmente por dicho pueblo por el cual nacían derechos de propiedad protegidos por la Convención.[175]

Los antecedentes de Naciones Unidas parecen avalar la afirmación que el consentimiento previo, libre e informado otorgado de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo o pueblos afectados *es la finalidad de todo proceso de consulta.*[176] Esto significa que se debe buscar un entendimiento mutuo y tomar decisiones consensuadas[177] *cada vez que se quiera realizar proyectos en territorios indígenas o aprobar leyes o medidas administrativas que podrían afectarlos.* Se trata de aplicar el principio de buena fe en todo proceso de consulta, lo que implica una negociación en donde todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y ceder en sus posiciones mientras defienden sus legítimos intereses y derechos, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a las partes.[178]

El derecho al consentimiento es un punto complejo, en donde muchas veces los parámetros internacionales se tornan confusos y evasivos.[179] Recientemente la Comisión IDH tituló el deber de obtener el consentimiento como de carácter "limitado", enumerando sólo algunos de los casos identificados internacionalmente, sumando así a la confusión que las interpretaciones internacionales pueden causar en tan importante discusión.[180] El estándar creado por la Corte sobre el consentimiento está todavía definiéndose y la decisión en el pendiente *Caso Sarayaku vs. Ecuador* será clave para delinear sus elementos y consecuencias.

Si no se está buscando el consentimiento y el acuerdo de la comunidad, la consulta pierde su esencia. Esto implica otorgar consecuencias reales a la falta de consentimiento por parte de la comunidad para no vaciar de contenido al derecho a la consulta y, por ejemplo si no hay acuerdo tomar medidas como la suspensión del proyecto,[181] respetando la decisión fundada de la comunidad. Asimismo, en el caso de llegar a un acuerdo supone su respeto.

6. Beneficios compartidos

La Corte entiende que el derecho a los beneficios forma parte del derecho a una justa indemnización en los términos del artículo 21 de la Convención Americana. Al tratar de la explotación del oro en territorio del pueblo Saramaka, la Corte determinó que éste no era usado tradicionalmente por la comunidad.[182] Sin embargo, señaló que como "toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka

[174] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, párr. 122; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párrs. 124 y 137, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, párrs. 118 y 121.

[175] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, párrs. 144 y146.

[176] Ver artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y artículo 6.2 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, párrs. 54-55, Ver Observación general No. 23 (1997) relativa a los pueblos indígenas. (CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4), parrs. 4.d y 5.

[177] Artículos 6.1 y 6.2 del Convenio No. 169 de la OIT y artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, *op. cit*., párr. 49.

[178] *Ibidem*, párr. 49.

[179] Escrito *amicus curiae* en el Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado por Seattle University School of Law International Human Rights Clinic.

[180] Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II Doc 56/09 de 30 de diciembre de 2009, publicado en marzo de 2011.

[181] Ver por ejemplo MC 260-07 a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, disponible en línea en: http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm.

[182] *Ibidem*, párr. 155.

afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo" el Estado debe entre otros, "permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social".[183] A pesar de tal reconocimiento, cuando la Corte determinó las reparaciones no otorgó una reparación correspondiente a los beneficios (pasados y futuros) por la extracción del oro,[184] a la vez que no reconoce explícitamente el derecho al beneficio del oro en sí por el hecho de estar en tierra indígena. Si bien reconoce el derecho a la consulta y "a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia",[185] la distinción propuesta genera marcos de protección confusos.

Recientemente, se ha solicitado a la Corte que desarrolle el concepto de beneficios compartidos distinguiéndolos de compensación por daños, generando ideas de cómo Estados, empresas y pueblos indígenas los pueden poner en práctica y analizando para ello el tema de la responsabilidad de las empresas en violaciones a derechos humanos.[186]

La Corte ha dado algunos ejemplos de compensaciones y reparaciones en casos de daño a las prácticas sociales y culturales de los pueblos indígenas, pero todavía no ha hecho una determinación generosa y detallada en un caso concreto sobre beneficios, determinando por ejemplo, beneficios pasados dejados de percibir y los futuros en casos de que siga la explotación del recurso natural. Esto requiere también mejora en el litigio por parte de la Comisión y de los representantes y envío de evidencia relacionada con los beneficios de las empresas y de los estados que pueda demostrar a la Corte las verdaderas dimensiones que tiene esta temática. Las reparaciones que podrán ser millonarias en este sentido, estarán no sólo en manos de los Estados, sino también de las empresas. Además, requiere sobre todo que los representantes logren claridad en las pretensiones de las comunidades en este punto, mejorando el asesoramiento técnico al respecto.

VI. Conclusiones

La Corte Interamericana ha interpretado de forma amplia el concepto de uso y goce de "bienes" establecido en el artículo 21 de la Convención Americana y ha logrado una jurisprudencia única y pionera sobre derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, cuando se escapa del método trazado por su habitual test sobre restricciones a los derechos (legalidad, legitimidad, proporcionalidad), para adoptar conceptos europeos, amplía el poder de los Estados de interferir con el uso y goce del derecho a la propiedad. Quizás en el único tema analizado en la Corte en el que este poder del Estado se ve muy limitado es en la reducción de beneficios de pensiones ya adquiridas que cuentan con sentencias firmes en los tribunales internos, dejando sin contestar interrogantes profundos en el marco del desarrollo de reformas en los regímenes de jubilación. A su vez, se presentan estándares

[183] *Ibidem*, párr. 155.
[184] *Ibidem*, párr. 199.
[185] *Ibidem*, párr. 139.
[186] Escrito amicus curiae en el Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado por Seattle University School of Law International Human Rights Clinic en abril de 2011; DPLF/OXFAM. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Primera Edición, Washington DC. 2011. En el mismo sentido, tal como lo establece el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010, Doc. A/HRC/15/37, párr, 37; Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. Empresas y derechos humanos: pasos hacia la operatividad del marco de trabajo "proteger, respetar y remediar", párr. 19. Según el artículo 26.2 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos indígenas estos "tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma".

claros y sólidos en la limitación de los Estados en el uso de restricciones a la propiedad para ejercer su poder de investigación criminal (medidas cautelares reales), sin que este análisis exhaustivo se encuentre constantemente en todas las sentencias que trata el derecho a la propiedad. Solamente una vez la Corte afirmó de forma directa que el fin alegado por el Estado no era legítimo.

Por otra parte, a pesar de la generosidad de las palabras de la Corte en términos de legitimación activa todavía la división entre actos que afectan a una persona como ser humano de actos que afectan a empresas genera desprotección en temas neurálgicos de las sociedades democráticas latinoamericanas modernas y no vislumbra un cambio cercano.

La utilización desmedida de la jurisprudencia de la Corte Europea en temas de expropiación genera una incertidumbre sobre la posibilidad de avanzar en la protección del derecho a la propiedad frente al amplio poder de expropiación del Estado. El uso del elemento no técnico de carácter discrecional como el equilibrio justo entre interés particular e interés social para determinar una indemnización justa por privación de un bien conduce a la posible arbitrariedad de la determinación de montos y a la expropiación deliberada del Estado –aún con fines legítimos– que no analiza si cuenta con los elementos económicos y legales necesarios para adquirir la propiedad.

La generosa jurisprudencia en temas de derecho de propiedad indígena está marcada de desafíos. El reconocimiento de los pueblos indígenas como verdaderos propietarios de su tierra requieren menores poderes de interferencia del Estado en el uso y goce de sus bienes y de todos los recursos naturales. Asimismo, es indispensable que se generen mayores espacios de participación real en la toma de decisiones sobre el desarrollo que se plantea en esas tierras. La relación tradicional con la tierra los hace ser titulares de un derecho de propiedad más fuerte que el concepto tradicional, por el cual en principio no deberían prosperar el poder expropiatorio de hecho o de derecho del Estado. Las intervenciones por medidas provisionales de la Corte, aunque de gran complejidad en su aplicación, se hacen urgentes, dado que los casos que se plantean ante el Sistema no suponen un estado inicial de negociaciones entre Estados y empresas que quieren realizar proyectos de desarrollo en territorios indígenas y encuentran problemas en una consulta legítima, sino que tienen que ver con territorios ya alcanzados por esos poderes, usados y gozados ante la mirada de la pobreza y la exclusión social.

La jurisprudencia da una base sólida para la continuidad del litigio y la consolidación de un derecho que, como derecho humano requiere el mismo nivel de atención, vigilancia y límite a los poderes del Estado que otros derechos de la Convención. Muchas veces una determinación de una violación a la propiedad podrá dar como resultado en reparaciones que se tengan que determinar cifras muy altas que –en comparación con otros casos de violaciones a derechos humanos– parecen exorbitantes. Pero no por ello se debe dejar de lado el objetivo de lograr una *restitutio in integrum* cuando se viola este derecho, respecto del cual, muchas veces, sus víctimas serán personas poderosas o de mucho dinero. La propiedad como derecho humano supone que el Estado, ante estas personas también debe proceder con legitimidad en la limitación.

Por último, el artículo 21 de la Convención tiene una generosa redacción que permite que puedan desarrollarse con más comodidad otros derechos aún no desarrollado de forma directa y este camino queda abierto con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que la Corte declaró en una ocasión, con contundencia, pero sin consecuencias.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2005. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Resolución No. 24/82, Exiliados, Chile, 8 de marzo de 1982.

Resolución No.18/83, Caso 2711, Uruguay, 30 de junio de 1983.

Resolución No. 3/84, Caso 4563, Paraguay, 17 de mayo de 1984;

Resolución No. 4/84, Caso 7848, Paraguay, 17 de mayo de 1984

Resolución No. 5/84, Caso 8027, Paraguay, 17 de mayo de 1984; Resolución No. 11/85, caso No. 9269, Chile, 5 de marzo de 1985.

Resolución No. 20/88, Caso 9855, Haití, 24 de marzo de 1988, párr. 10.

Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

Informe Anual 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994.

Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos *et al.* vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

Informe nº 49/99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999.

Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000.

Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 22 octubre 2002, OEA/Ser.L/V/ll.116.

Informe no. 84/09, Caso 12.525, fondo. Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador, 6 de agosto de 2009.

Comité de Derechos Humanos

Observación General No 27, Artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 2 de noviembre de 1999.

Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986.

Caso Celepli contra Suecia. Comunicación No. 456/1991, decisión de 2 de agosto de 1994 (51° periodo de sesiones).

Caso Karker vs Francia. Comunicación No. 833/1998, decisión de 30 de octubre de 2000 (70° periodo de sesiones).

Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay, Comunicación No.R.13/57, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 157, 1982.

Comité contra la Tortura

Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana contra Venezuela, Comunicación No 110/1988.

Artículos y publicaciones académicas

O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Capítulo 8 El derecho a la nacionalidad, derecho de residencia, libertad de circulación y asilo, 2004.

Índice

I. Introducción

El derecho de circulación y residencia establece aparentemente algo muy simple: que toda persona puede circular libremente en el territorio del país en donde vive y que puede establecer su residencia en el lugar que quiera. Pero esa simplicidad es solo aparente, pues este derecho es más complejo de lo que parece a primera vista, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, porque comprende múltiples aspectos, como la libertad de poder salir de cualquier país o la garantía a los extranjeros de que no serán expulsados arbitrariamente, por solo mencionar dos elementos de su contenido. De otro lado, por cuanto su alcance depende, en parte, de la división del mundo en distintos Estados nacionales, pues este derecho otorga protecciones diversas a nacionales y extranjeros. Esto explica que el derecho de circulación y residencia suscite discusiones jurídicas y políticas complejas en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, en donde se eliminan las fronteras para la circulación de los bienes y servicios, mientras que se intensifican los controles a las migraciones de personas, en especial de los países pobres a las naciones más desarrolladas El derecho de circulación y residencia tiene una importancia obvia en una democracia, pues se encuentra asociado al ejercicio mismo de la libertad y de la autonomía de las personas, ya que éstas deben poder definir en dónde residir y deben poder desplazarse, sin restricciones, de un lugar a otro, para poder desarrollar, en forma plena e igualitaria, el proyecto de vida que han escogido. Por ello tiene razón el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando señala que la garantía de este derecho es "una condición indispensable para el libre desarrollo de toda persona"[1] y que, además, su protección se encuentra asociada a la efectividad de otros derechos humanos. Por ejemplo, si una persona, por medio de amenazas, es forzada a abandonar el lugar en donde vive y trabaja, de suerte que debe buscar un refugio precario en otro país o en otro lugar del territorio, no sólo le han desconocido su derecho de circulación y residencia, sino que además le han afectado otro conjunto de derechos y libertades, como el derecho al trabajo y a la inviolabilidad de su domicilio, por ejemplo.

El derecho de circulación y residencia es entonces una libertad trascendental; sin embargo, como ya lo señalamos, estamos frente a uno de esos derechos humanos cuya universalidad se encuentra parcialmente limitada por razones de soberanía nacional. Esto significa que no todos los habitantes de un Estado específico gozan de ese derecho de la misma manera.

Para comprender esta situación, es necesario recordar que el régimen internacional de protección de derechos humanos, que se desarrolla a partir de la Carta de las Naciones Unidas y como reacción contra las atrocidades de los Estados totalitarios y de la Segunda Guerra Mundial, es una expresión de un equilibrio entre dos principios contrapuestos: de un lado, la Carta de las Naciones Unidas no establece un Estado mundial sino que mantiene un orden internacional, en donde coexisten Estados independientes y soberanos. Este sistema internacional es herencia del llamado mundo "westfaliano", pues se encuentra ligado a la estructura del derecho internacional y de las relaciones internacionales derivada del Tratado de Westfalia de 1648, que reconoció no sólo la existencia de Estados territorialmente soberanos, sino además el principio de no injerencia, como presupuesto de la paz entre las naciones. Pero de otro lado, esa soberanía se encuentra ahora mucho más limitada que en el pasado, pues la Carta de Naciones Unidas impone nuevas obligaciones a los Estados, entre las cuales se encuentra precisamente el respeto de la dignidad de la persona humana.

El tema de los derechos humanos y de la dignidad humana ya no hace parte entonces de la soberanía de los Estados, sino que se vuelve un asunto internacional pues hace parte del orden público internacional. Si se lee la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco, se puede observar que ella, a pesar de que reconoce la igualdad soberana de los Estados (arts 2 y 79), es muy cuidadosa en no señalar que los Estados gozan de soberanía, sino que habla de materias que hacen parte de la "jurisdicción interna

[1] Comité de Derechos Humanos. Observación General No 27, Artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, en 202, 2 de noviembre de 1999. Ese aspecto ha sido también resaltado por la Corte IDH en todos los casos en donde ha abordado el estudio de este derecho. Ver por ejemplo, Sentencia del 1 de julio de 2006. *Masacres de Ituango vs Colombia*, párr. 206.

de los Estados" (art. 2.7). Es decir que, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, los Estados tienen dominio sobre ciertos asuntos, pero no gozan de soberanía, como ésta era entendida en el siglo XIX y a principios del siglo XX. Y no tienen una soberanía plena porque hay asuntos que son una preocupación legítima de la comunidad internacional, y uno de los fundamentales es la protección de los derechos de la persona. Estos derechos son entonces un límite a la soberanía de los Estados, o dicho de otro modo, los Estados, dentro de su dominio reservado o jurisdicción interna, no tienen la potestad de violarlos.

Esta obligación internacional de los Estados de amparar los derechos humanos hace que en principio sea deber de las autoridades nacionales respetar y garantizar los derechos no sólo de los nacionales, sino de todas las personas residentes en su territorio y sujetas a su jurisdicción, como inequívocamente lo establece el artículo 1 de la Convención. Por ejemplo, no podría un Estado torturar a una persona o asesinarla, con el argumento de que se trata de un extranjero, pues las autoridades tienen el deber de respetar el derecho a la vida y a la integridad personal de todas las personas, y no sólo de sus nacionales. Sin embargo, por razones de soberanía, ciertos derechos humanos admiten restricciones vinculadas a la nacionalidad de las personas, lo cual muestra que los derechos humanos, a pesar de reconocerse teóricamente como universales, siguen parcialmente enmarcados en el paradigma westfaliano de un sistema internacional en donde coexisten Estados soberanos, con lo cual el goce efectivo de los derechos humanos sigue siendo desigual y asimétrico, pues depende en gran parte de la nacionalidad de la persona.[2]

Así, es posible sistematizar los distintos componentes o contenidos protegidos o derechos específicos derivados del derecho de circulación y residencia tomando en cuenta la nacionalidad de sus titulares,[3] de la siguiente manera: ciertos componentes son universales pues se predican de toda persona, por lo cual no están condicionados a la nacionalidad de su titular; otros contenidos protegidos, por el contrario, dependen directamente de la nacionalidad, pues la Convención permite un trato distinto entre nacionales y extranjeros; finalmente, estos tratados establecen una titularidad si se quiere intermedia, pues en ciertos eventos la garantía de ciertos derechos específicos depende de que se trate de una persona –no obligatoriamente un nacional–, pero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado específico, con lo cual esa garantía no se extiende a toda persona.

Existen en la Convención dos componentes del derecho de circulación y residencia que no dependen directamente de la nacionalidad: el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país y el derecho a buscar asilo, pues cuando la Convención habla de esas garantías, se refiere a "toda persona". El derecho cuyo alcance se encuentra claramente vinculado a la nacionalidad de la persona es el relativo a la posibilidad de entrar libremente a un determinado país y fijar su residencia en él. En efecto, conforme a la Convención, sólo los nacionales tienen derecho a entrar a su propio país. Este derecho es entonces el que se encuentra más estrictamente ligado a la preservación de la soberanía de los Estados pues implica que si bien toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, únicamente los nacionales tienen derecho a entrar al país del cual son nacionales. Directamente ligado a lo anterior, la Convención establece regulaciones distintas relativas al problema de la expulsión de una persona de un determinado país. Así, el nacional de un país no puede ser expulsado del mismo, mientras que los extranjeros sí pueden serlo, pero dentro de ciertas condiciones y limitaciones. El último tipo de componentes específicos derivados del derecho de circulación y residencia hace referencia a un sujeto especial, que es la persona que se halle legalmente en un Estado, la cual tiene el derecho a circular y residir libremente en el territorio de ese país.

Los distintos componentes mencionados revelan la complejidad del derecho de circulación y residencia. Al contenido y alcance de cada uno de estos nos referiremos a continuación. En primer lugar, el lector

---

2 Esto explica la importancia de llevar ciertas discusiones de la justicia y la democracia más allá de los Estados nacionales, precisamente para superar esas desigualdades y asimetrías. Ver por ejemplo: Fraser, Nancy. *"Reinventar la justicia en un mundo globalizado"* en New Left Review, No 36, 2006.

3 Sobre el derecho a la nacionalidad y el derecho a circular, residir y salir del territorio, véase también el comentario al artículo 20, de Mary Beloff, el cual forma parte de esta obra.

encontrará la explicación del componente relativo a la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado. En este punto se hará alusión a las restricciones legítimas a este derecho, así como al derecho a no ser desplazado forzadamente que, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, hace parte de este componente del derecho. En segundo lugar, se presenta al lector el contenido y alcance del derecho a salir libremente de cualquier país. En tercer lugar, se exponen las características particulares del derecho a buscar y recibir asilo. Y finalmente, se ofrece una descripción de las distintas garantías que comporta el derecho de libertad de circulación y residencia en relación con la expulsión tanto de nacionales, como de extranjeros.

II. Contenido y alcances

El artículo 22 de la Convención contiene nueve incisos que se refieren a los distintos componentes del derecho de circulación y residencia, los cuales se pueden agrupar en cuatro categorías. En primer lugar, se encuentra la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado, a la cual se refieren los incisos 1, 3 y 4. En segundo lugar, el derecho a salir libremente de un país, que está enunciado en el inciso 2, pero al cual también se refiere el inciso 3 que regula las restricciones legítimas. En tercer lugar, el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en el inciso 7. Y finalmente, las garantías frente a la expulsión de un territorio, tanto de nacionales como de extranjeros, las cuales están establecidas en los incisos 5, 6, 8 y 9. En los siguientes apartados abordaremos cada uno de estos componentes del derecho de circulación y residencia.

1. Libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado

El primer inciso del artículo 22 de la Convención establece que "[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales". Como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, con criterios que ha acogido plenamente la Corte IDH, este componente del derecho de circulación y residencia implica la posibilidad de trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse en el lugar de su elección, sin que la persona deba indicar un motivo en particular para circular o permanecer en un sitio específico.[4] Sin embargo, este componente del derecho *no es una garantía universal* establecida para todas las personas, sino únicamente para aquellas que *se hallen legalmente en el Estado en cuestión.*

Es claro que, como regla general, todo nacional goza de ese derecho de circulación y residencia libre, pues todo nacional puede estar legalmente en su propio Estado. En cuanto a los extranjeros, los Estados tienen la potestad de decidir a quiénes admiten en su territorio, pero una vez estos han ingresado y permanecido en el Estado, conforme a las regulaciones previstas por el ordenamiento nacional, se encuentran legalmente en un Estado y gozan por tanto de la libertad de circulación y residencia, en principio en condiciones semejantes a los nacionales. El Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 12 del PIDCP que contiene una regulación semejante a la del artículo 22 de la Convención,[5] ha indicado que es necesario justificar las diferencias de trato entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros, en cuanto al ejercicio del derecho en cuestión.[6]

---

4 Comité de Derechos Humanos. Observación General. No 27, párr. 5. Este criterio es acogido por la Corte Interamericana. Ver, por ejemplo, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Sentencia 31 agosto de 2004. Párr. 115.

5 El artículo 12 del Pacto dispone: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. // 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.// 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.// 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país".

6 Comité de Derechos Humanos. Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 8.

De otro lado, aunque la Convención no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado,[7] y los Estados tienen una enorme discrecionalidad para negar la entrada a los extranjeros, esta prerrogativa no es absoluta pues se encuentra limitada por ciertos estándares de derechos humanos, en especial "cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de familia".[8] Así por ejemplo, en virtud de la prohibición de discriminación dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención, un Estado no podría, en principio, permitir únicamente el ingreso de extranjeros de determinada raza o negar la entrada a una persona por el solo hecho de ser mujer o de tener una nacionalidad en particular. Igualmente, tal como lo mostraremos en detalle en el último apartado de este comentario, tampoco es admisible impedir el ingreso cuando esto puede poner en peligro la vida o la libertad personal de un extranjero que busca refugio por fuera de su país de origen.

a. Restricciones legítimas

Una vez una persona se halla legalmente en el territorio de un Estado, este sólo puede limitar su derecho a la libertad de circulación y residencia bajo el cumplimiento estricto de ciertas condiciones, las cuales están establecidas en el inciso 3 del artículo 22. De conformidad con esta disposición, el ejercicio de este derecho "no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás".

La primera condición para que la restricción sea legítima es que ésta se establezca mediante una ley. Este requisito formal es en sí mismo de gran importancia pues ampara a los ciudadanos contra limitaciones a sus derechos humanos por parte de autoridades administrativas. Debe ser la ley, expresión del principio democrático y garantía de seguridad jurídica, la que defina con claridad los casos en los cuales cabe restringir la libertad de circular por un territorio y escoger libremente el lugar de residencia. Según la Corte IDH, sólo mediante esta *reserva de ley* se evita que los encargados de aplicar la restricción "actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad".[9]

De otro lado, la restricción también debe satisfacer ciertos *requisitos sustantivos*. La Corte IDH, en el *Caso Ricardo Canese contra Paraguay,* en el cual analizó en detalle las condiciones para que las restricciones al derecho a la libertad de circulación y residencia sea legítima, precisó que estas no deben sólo *perseguir los propósitos autorizados por la Convención* –la protección de seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, sino además ser *necesarias en una sociedad democrática* para alcanzar tales propósitos, lo cual remite a un análisis de proporcionalidad, que ha tenido un amplio desarrollo tanto en derecho constitucional como en la labor de las instancias de protección de derechos humanos. Este análisis de *proporcionalidad* supone que la restricción debe cumplir tres requisitos, que son recordados por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27 sobre la libertad de circulación, a saber: i) la restricción debe ser adecuada para alcanzar tal propósito, ii) debe ser además necesaria o indispensable, en el sentido de que no debe existir una medida que logre el mismo propósito con una menor restricción del derecho de circulación y residencia y iii) debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, que el beneficio obtenido en la satisfacción del propósito justifique la restricción del derecho de circulación

---

7 Tal como lo mostraremos adelante, la Convención únicamente reconoce a los nacionales el derecho de ingresar a su propio país. En efecto, el inciso 5 del artículo 22 establece que "[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo".

8 Comité de Derechos Humanos. Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 5.

9 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 125.

y residencia.[10] Adicionalmente, en el citado *Caso Ricardo Canese*, la Corte IDH retoma la idea de que las restricciones no deben afectar la esencia del derecho, esto es, deben respetar, siguiendo alguna terminología del derecho constitucional, su contenido esencial.[11]

En síntesis, según lo desarrollado por la Corte IDH en el *Caso Canese*, y en sintonía con la doctrina del Comité de Derechos Humanos, la legitimidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia, depende del cumplimiento de cuatro condiciones, a saber, i) la legalidad de la medida, ii) la legitimidad de los propósitos buscados, iii) la necesidad y proporcionalidad y iv) el respeto del contenido esencial del derecho.[12]

Como lo veremos adelante, la Corte IDH ha analizado en detalle el alcance de estas restricciones en relación con el derecho a salir libremente del país, pero no en relación con el derecho a circular libremente y a escoger residencia en el territorio de un Estado.[13] Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos sí ha estudiado a algunos casos relacionados con restricciones impuestas a este segundo componente del derecho, los cuales resultan de utilidad para ilustrar el alcance de estas restricciones. El Comité se ha referido básicamente a restricciones impuestas a extranjeros sobre los cuales se cernía la sospecha de tener vínculos con organizaciones terroristas, pero cuya expulsión no era permitida o no era considerada conveniente por el Estado de acogida.[14] Así por ejemplo, en el *Caso Karker contra Francia*, el Comité se pronunció sobre la situación de un tunecino que residía en Francia en calidad de refugiado político, pero que luego de vivir por cinco años en este país, fue confinado en un departamento de Francia al ser considerado sospechoso de apoyar activamente un movimiento terrorista. El gobierno francés inicialmente dispuso su expulsión, pero conmutó esta orden por el confinamiento, dada su condición de refugiado político. El Estado argumentó que la restricción a su libertad de circulación y residencia era necesaria por razones de seguridad nacional; como sustento de esto aportó pruebas de que el peticionario era partidario activo de un movimiento que preconizaba la acción violenta. En virtud de esto, y bajo la idea de que el peticionario fue confinado en una zona relativamente amplia y que además sólo había impugnado judicialmente la restricción inicial a su derecho, pero no las posteriores, el Comité determinó que el Estado francés no había violado en este caso el derecho de circulación y residencia.

Al contrastar los hechos de este caso con los criterios que se desprenden del inciso 3 del artículo 22 de la Convención, se advierte que la restricción tenía fundamento en una ley que disponía la posibilidad de confinar en una zona al extranjero que no pudiera ser expulsado. Igualmente, la restricción obedecía a un propósito legítimo, a saber, salvaguardar la seguridad nacional. En lo que respecta a la necesidad y proporcionalidad de la restricción, aunque el Comité no efectuó un análisis expreso sobre este aspecto, de su comunicación se puede inferir que la necesidad se da por sentada a partir de las pruebas aportadas por el Estado que señalaban que el peticionario era un partidario activo de una organización que preconizaba el uso de la violencia. Por su parte, para el análisis de la proporcionalidad, el Comité parece tener en cuenta la posibilidad que tenía el peticionario de solicitar el levantamiento de la medida y de impugnar judicialmente una decisión negativa, así como el hecho de que la zona de confinamiento era relativamente amplia.

---

[10] Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 27, párr. 14.

[11] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, párr. 124.

[12] Cabe destacar que la Corte IDH, al retomar la doctrina del Comité de Derechos Humanos, alude al respeto del contenido esencial como parte de la legalidad de la medida. En esta exposición hemos decidido separarlo con el objetivo de destacar esta dimensión sustantiva de la legalidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia.

[13] Los órganos del sistema interamericano no se han ocupado del análisis de restricciones impuestas a la libertad de circular y residir en el territorio de un país por decisión directa del Estado, sino a restricciones de facto derivadas de la ausencia de garantías para moverse libremente, como sucede por ejemplo en contextos de violencia.

[14] Al respecto, ver: Comité de Derechos Humanos. Caso Celepli contra Suecia. Comunicación No. 456/1991, decisión de 2 de agosto de 1994 (51° periodo de sesiones). Caso Karker vs Francia. Comunicación No. 833/1998, decisión de 30 de octubre de 2000 (70° periodo de sesiones).

Cabe destacar que uno de los puntos de análisis que puede resultar más problemático cuando se invocan fines como la seguridad nacional o la moral pública, que por su generalidad fácilmente pueden ser utilizados por algunos gobiernos para tratar de justificar violaciones a los derechos, es precisamente el que atañe a la necesidad de la restricción. En este aspecto es preciso efectuar un análisis detallado y estricto para determinar que existe una relación de adecuación entre la restricción y el fin perseguido y que no hay una medida menos gravosa para cumplir el propósito. Así por ejemplo, en casos como el decidido por el Comité, debe ser posible inferir razonablemente que la restricción a la libertad de circulación y residencia puede evitar que la persona sometida a ella cometa o contribuya a la comisión de atentados violentos que afecten la seguridad pública. De no ser así, la restricción se torna ilegítima.

Además de las ya mencionadas condiciones generales para restringir legítimamente la libertad de circular y residir en un territorio, el inciso 4 del artículo 22 de la Convención establece que este derecho "puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público". Un ejemplo de este tipo de restricción es aquella que opera en ciertas zonas en las que es necesario controlar la densidad de la población por tratarse de lugares de especial interés ecológico. En todo caso, por tratarse de una restricción a un derecho humano, también deben satisfacerse la condición de legalidad –a la que alude expresamente la disposición citada–, así como las de necesidad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho.

b. Restricciones de facto: el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado

Las restricciones a la libertad de circular en el territorio de un Estado y de escoger libremente el lugar de residencia no necesariamente se reducen a aquellas que se fundan en una decisión directa adoptada por las autoridades estatales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, las restricciones a este derecho también pueden darse de *facto,* lo cual ocurre cuando las personas se ven obligadas a *abandonar su lugar de residencia* con ocasión de una *situación de inseguridad o violencia***.** En tales casos, a pesar de que no existe ninguna disposición legal o administrativa que impida a las personas fijar su residencia en el lugar de su elección o circular libremente, el derecho en cuestión es vulnerado ante la ausencia de garantías para transitar y residir libremente en el territorio de un Estado. En palabras de la Corte IDH, "el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones *de facto* si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo".[15]

La Corte IDH ha determinado en varias ocasiones que las restricciones de *facto* constituyen una vulneración al derecho a la libertad de circulación y residencia. De hecho, el mayor número de pronunciamientos de la Corte IDH en relación con este derecho se ha dado precisamente en relación con esta problemática. En efecto, cinco de los seis casos en los cuales la Corte IDH ha declarado hasta la fecha la violación del derecho a la libertad de circulación y residencia corresponden a personas que han tenido que abandonar sus lugares de residencia y no han podido retornar a ellos a causa de la existencia de una situación generalizada de violencia, o de amenazas y hostigamientos particulares. Se trata de los *Casos Comunidad Moiwana vs. Surinam,*[16] *Masacre de Mapiripán vs. Colombia,*[17] *Masacres de*

---

[15] Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 139. *Cfr*. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 119 y 120; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2005. Serie C No. 148, párr. 210, y Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, , párr. 170.

[16] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

[17] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

Ituango vs. Colombia,[18] *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*[19] y *Chitay Nech y otros vs. Guatemala.*[20] El primero de estos se refiere a una masacre cometida en 1986 por las Fuerzas Armadas de Surinam, que ocasionó un desplazamiento masivo. Los casos colombianos de Mapiripán e Ituango hacen referencia a la actuación de grupos paramilitares que, con la complicidad de la Fuerza Pública, perpetraron masacres, que ocasionaron a su vez el desplazamiento de centenares de personas. Por su parte, los dos últimos casos no se refieren a *desplazamientos masivos a causa de una violencia generalizada,* sino que, involucran afectaciones del derecho a grupos familiares a causa de *amenazas y hostigamientos* dirigidos específicamente contra ellos. Así, el caso Valle Jaramillo se refiere a la situación de una familia que tuvo que abandonar su lugar de vivienda luego de que uno de sus integrantes rindiera declaraciones en un proceso penal sobre acciones conjuntas adelantadas por militares y paramilitares en Colombia. Y el caso Chitay tiene que ver con el desplazamiento forzado de una familia que, después de la desaparición forzada de uno de sus integrantes, se vio obligada a huir de su lugar residencia y trasladarse a otra ciudad.

En las sentencias referidas, la Corte IDH constató que aunque no existía una restricción formal al derecho de circulación y residencia, este había sido vulnerado por cuanto las personas se habían visto forzadas a abandonar sus lugares de residencia y además los Estados no habían "establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a [los peticionarios] regresar de forma segura y con dignidad"[21] al lugar que se vieron obligados a abandonar. En tales circunstancias, la responsabilidad internacional de los Estados surge por su omisión en proveer "las garantías necesarias, para que [una persona] pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales".[22] La Corte ha especificado que tales garantías incluyen "no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración".[23]

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a partir de una interpretación evolutiva del artículo 22 de la Convención y "de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–",[24] la Corte ha establecido que el derecho a circular y residir libremente en el territorio de un Estado "protege *el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte*".[25] Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH reiteró y fortaleció la idea de que hay artículos de la Convención que, en determinadas circunstancias, deben ser interpretados a la luz no sólo de la Convención y de otros tratados internacionales de derechos humanos, sino también de otras fuentes no convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como los documentos de *soft law*, que según la Corte IDH, pueden formar parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. De conformidad con este criterio, la Corte IDH acudió a los Principios Rectores de

18 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2005. Serie C No. 148.

19 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

20 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

21 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam,* párr. 120 y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala,* párr. 150.

22 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala,* párr. 142. *Cfr*. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia,* párr. 139.

23 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 149.

24 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia,* Párr. 188.

25 *Ibidem*. Este criterio ha sido reafirmado en decisiones posteriores de la Corte: *Cfr*. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 207. Corte IDH. *Caso ChitayNech y otros vs. Guatemala,* párr. 139. *Cfr*.. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 207. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 139. (Resaltado añadido).

los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998 (también llamados Principios Deng, en honor al Relator de las Naciones Unidas que los redactó) para fijar el sentido y alcance del artículo 22 en relación con las situaciones de desplazamiento forzado interno.[26]

Los *Principios Deng*[27] definen a los desplazados internos como "las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos […], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida".[28] Igualmente explicitan que la condición de desplazamiento forzado no sólo vulnera el derecho a la libertad de circulación, sino muchos otros derechos humanos; y ponen en cabeza de los Estados la obligación de prevenir el desplazamiento forzado, de brindar asistencia y de garantizar el retorno o la reubicación e indemnización de las víctimas en caso de que aquel tenga lugar.

En consonancia con estos Principios, y en particular con la constatación de las múltiples afectaciones a los derechos humanos que genera el desplazamiento forzado, la Corte IDH ha resaltado que los desplazados generalmente se encuentran en "circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión", razón por la cual "su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección".[29] Según la Corte, en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación, "la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares".[30] En este sentido, el caso de los desplazados internos pone en evidencia, aunque lamentablemente de un modo dramático, de qué modo la protección del derecho a la libertad de circulación y residencia se

[26] *Cfr*. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párr. 111. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 171. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 209. La remisión a estos principios para interpretar el alcance del artículo 22 implica la incorporación de este documento de soft law al corpus iuris de los derechos humanos. La aplicación de estos principios por parte de la Corte IDH sin duda resulta fundamental, dada la gran importancia del *corpus iuris* como herramienta de interpretación en general, y dada la importancia particular de los Principios Deng para el análisis de la situación de las víctimas del desplazamiento forzado interno –que resultaría limitado si sólo se hiciera remisión a la Convención–. Sin embargo, resulta fundamental que la Corte IDH justifique de manera amplia y rigurosa los criterios con base en los cuales incorpora documentos de soft law a sus decisiones, puesto que, en principio, dichos documentos no son fuentes del derecho internacional de los derechos humanos con un carácter vinculante, ni fuentes con base en las cuales –de conformidad con la Convención- la Corte debe decidir. En particular, la Corte IDH debería explicar las razones por las cuales incorpora a algunos de esos documentos y no otros, ya que el soft law se caracteriza por su heterogeneidad y, en esa medida, permite establecer distinciones entre los diferentes documentos que lo conforman, en lo que se refiere a su obligatoriedad, a su pertenencia al corpus iuris, etc.

[27] *Cfr*. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, /CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998.

[28] Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, párr. 2.

[29] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 141. *Cfr*. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 177. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 210.

[30] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 179. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 141. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en relación con el grave y masivo desplazamiento forzado que se ha vivido en esta país con ocasión de la situación de violencia generalizada asociada al conflicto armado interno. En la sentencia T-025 de 2004 la Corte colombiana se refirió de manera comprehensiva a este fenómeno, declaró la existencia de un "estado de cosas inconstitucional" en virtud de la masiva violación de derechos humanos ocasionada por el desplazamiento forzado e instó a las autoridades públicas a adoptar todas las medidas necesarias para superar dicho estado. En relación con la situación especial de vulnerabilidad de las personas desplazadas advirtió: "[…] por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas […] que se ven obligadas 'a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional' para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades". Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004, Apartado 5.2.

encuentra ligada a la efectividad de otros derechos humanos y en qué medida constituye una condición indispensable para la garantía de una vida digna.

2. El derecho a salir libremente de un país

Otro de los componentes del derecho a la libertad de circulación, consagrado en el inciso 2 del artículo 22 de la Convención, es el derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. Se trata de un derecho del cual es titular toda persona, y que es oponible incluso frente al Estado del cual uno es nacional.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General sobre el artículo 12 del PIDCP –que consagra el derecho a salir libremente de un país en términos idénticos a los de la Convención–,[31] ha indicado que "la libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país".[32] En este sentido, el derecho incluye tanto la *garantía de viajar temporalmente al exterior*, como la de *emigrar permanentemente a otro país*. En ambos casos, la persona tiene derecho a determinar el Estado de destino.[33] Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de facilitar a las personas la obtención, en un plazo razonable, de los documentos necesarios para viajar.[34] De conformidad con esto, en el *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay*,[35] el Comité concluyó que Uruguay había violado el derecho de la peticionaria a salir de cualquier país pues, sin ninguna justificación, se había negado durante varios años a expedirle un pasaporte. En el mismo sentido, la Comisión IDH determinó que el Estado uruguayo había violado el derecho de residencia y tránsito consagrado en el artículo VIII de la DADDH,[36] al negarse a renovar el pasaporte de uno de sus ciudadanos.[37] En su decisión, la Comisión indicó que el *derecho al pasaporte* es una "consecuencia lógica del derecho a salir del país natal y regresar a él" y puntualizó que su denegatoria "en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una *capitis diminutio*, desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esa circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello".[38]

Pero el derecho a salir del país no sólo implica la obligación para los Estados de otorgar a las personas un documento de viaje, sino que estos también deben eliminar las trabas burocráticas que obstaculizan y en muchos casos incluso impiden el acceso a estos documentos, entre las cuales se cuentan, entre otras, la ausencia de información clara sobre los requisitos para realizar el trámite, el cobro de tasas elevadas y la exigencia de certificados innecesarios.[39]

---

[31] PIDCP, "Artículo 12. … 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

[32] Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 27, párr. 8.

[33] *Ibidem*. Estos criterios son retomados por la Corte en su fallo sobre el caso Canese contra Paraguay. *Cfr*.: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, párr. 116.

[34] Comité de Derechos Humanos. Observación 27, párr. 9.

[35] Comité de Derechos Humanos. Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay, Comunicación No.R.13/57, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 157, 1982.

[36] El artículo VIII de la Declaración Americana dispone: "[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad".

[37] Comisión IDH. Resolución No.18/83, Caso 2711, Uruguay, 30 de junio de 1983.

[38] *Ibidem*, Considerando, párr. 4.

[39] El Comité de Derechos Humanos ha identificado algunas de las normas y prácticas que obstaculizan el libre ejercicio del derecho a salir del país, entre las que figuran: "la falta la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la

De otro lado, al igual que el derecho a circular libremente en el territorio de un Estado y a elegir el lugar de residencia, el derecho a salir de cualquier país *sólo puede ser restringido legítimamente de conformidad con las condiciones establecidas en el inciso 3 del artículo 22,* es decir, fijarse expresamente por ley, estar destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática. En este punto resulta de particular relevancia el *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* pues en este la Corte IDH analizó en detalle estas condiciones en relación precisamente con el derecho a salir de un país. En efecto, la Corte se refirió a la restricción que Paraguay impuso al señor Ricardo Canese de no abandonar el país sin permiso judicial previo mientras se adelantaba un proceso penal en su contra por presuntamente haber cometido calumnia contra los directores de una empresa pública.

El punto de partida del análisis de la Corte IDH es que en principio el señor Canese tenía derecho a salir de Paraguay, pues uno de los contenidos amparados por el derecho de circulación y residencia es la posibilidad que tiene toda persona de salir del país en donde se encuentre. Esto significa que la prohibición a Canese de que saliera de Paraguay, sin permiso previo, constituía una restricción al derecho de circulación y residencia, por lo que la obvia pregunta que se planteó la sentencia es si dicha restricción era o no legítima. Para responder esta cuestión, la Corte acudió a los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, a los cuales hicimos referencia en el anterior apartado.

En relación con la reserva de ley, la Corte constató que el Estado paraguayo incumplió con el requisito de legalidad, en tanto no existía ninguna disposición legal que consagrara la prohibición de salir del país sin autorización como medida cautelar en un proceso penal.[40] En cuanto a la necesidad de la restricción impuesta al señor Canese, la Corte destacó el carácter excepcional de las medidas cautelares que afectan la libertad y advirtió que en relación con el señor Canese no existía evidencia de que esta medida fuera necesaria para alcanzar un fin legítimo, como sería en este caso, el de evitar la fuga de aquel.[41] Finalmente, respecto a la proporcionalidad, la Corte IDH determinó que "la restricción al derecho a salir del país impuesta al señor Canese y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados al fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas".[42]

3. El derecho a buscar y recibir asilo

Un tercer componente del derecho a la libertad de circulación y residencia es el derecho a buscar y recibir asilo,[43] el cual se encuentra consagrado en el inciso 7 del artículo 22, que dice: "[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales".

Este derecho ha sido una de las contribuciones importantes del derecho latinoamericano al derecho internacional, pues fue una figura que se desarrolló esencialmente en nuestra región y que ha recibido ulteriormente aceptación universal.[44] La práctica del asilo diplomático en los países de la región a lo

negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país". Comité de Derechos Humanos, Observación 27, párr. 17.

40 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, párrs. 126 – 128.

41 *Ibidem*, párrs. 129, 131.

42 *Ibidem*, párr. 133.

43 Sobre derecho a buscar y recibir asilo, véase también el comentariio al artculo 20 de Mary Beloff, el cual forma parte de esta obra.

44 Al respecto ver: Yepes, Jesús María. "*El derecho de asilo. Síntesis histórica, jurídica, política y filosófica"* en Universitas, No 15, Bogotá, 1958. Igualmente ver: Yepes de Uprimny, Inés. Jesús María Yepes y el Derecho Internacional Americano. Bogotá, Temis, 1980, capítulo V, pp 67 y ss. Ver también: Cançado, Antônio. "Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia Internacionales", en Cançado, Antônio y Martínez, Alfredo. Doctrina latinoamericana del derecho internacional, tomo I, Corte IDH. San José, 2003, p. 47.

largo del siglo XX alcanzó su concreción durante el siglo XX en varios instrumentos interamericanos, a saber, la Convención de La Habana de 1928, la de Montevideo de 1933 y la de Caracas de 1954. En todas estas se hace referencia al asilo de los perseguidos por razones políticas, *aunque más como una potestad del Estado que como un derecho de la persona perseguida*.[45] Así, en la Convención de la Habana se definen las condiciones bajo las cuales es lícita la concesión del asilo por parte de un Estado. Y en la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, que es el instrumento más detallado al respecto, se establece que "[t]odo Estado tiene derecho, de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente" (Art. 1), que "[t]odo Estado tiene derecho a conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega" (Art. 2) y que "[n]ingún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos" (Art. 3).

El reconocimiento expreso del asilo como un derecho de las personas data de 1948, con la aprobación de la DADDH[46] y de la DUDH.[47] De conformidad con estos instrumentos y con la Convención Americana, el derecho a buscar y recibir asilo es un derecho que se predica de toda persona que se encuentre perseguida, salvo cuando la persecución sea motivada por la comisión de delitos comunes. Sin embargo, la estipulación de la Convención es aún más restringida que la de las dos Declaraciones, en tanto establece que el derecho opera en casos "de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos", mientras que en el texto de las dos Declaraciones no hay una mención expresa a los delitos políticos y la alusión a los delitos comunes se realiza para fijar un límite al derecho de asilo, pero no como elemento definitorio de su alcance. Por esta razón, la Comisión IDH ha advertido que "la Convención reconoce en su artículo 22 un derecho de asilo más limitado que el de la Declaración" ya que "[e]l mismo se limita al derecho de asilo a personas perseguidas 'por delitos políticos o delitos comunes conexos', con lo que excluye a una amplia categoría de personas que abandonan sus países por situaciones de violencia y otras formas de persecución".[48]

Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho a buscar y recibir asilo cobija únicamente a quienes estén siendo perseguidos por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos. De conformidad con las normas de interpretación de la Convención establecidas en el artículo 29 de la misma, "[n]inguna disposición… puede ser interpretada en el sentido de: … d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". En este sentido, considerando que la Declaración reconoce en su artículo XXVII el derecho de asilo "en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común", debe entenderse que el derecho *abarca en sentido amplio a los perseguidos y no solo a los que tienen la calidad de delincuentes políticos*. Un argumento *a fortiori* refuerza esta interpretación. En efecto, si la Convención reconoce el derecho de asilo a quien ha cometido un delito político, con mayor razón ampara a quien no habiendo incurrido en un delito de esta naturaleza, sea perseguido en razón de sus opiniones o de su actividad política. Piénsese por ejemplo en el caso de un periodista crítico del régimen político de su país que es acusado de cometer el delito de injuria. Este delito no encaja propiamente dentro de la noción de delito político,[49] pero si la persecución penal por un delito común tiene sustento

---

45 O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 599.

46 Artículo XXVII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

47 Artículo 14. 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. // 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

48 Comisión IDH. Informe anual 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994.

49 En los instrumentos internacionales no existe una definición de delito político, la cual encuentra su mayor desarrollo en la doctrina del derecho penal. A grandes rasgos, es posible identificar dos teorías acerca del contenido y alcance del delito político. La primera es la teoría subjetiva según la cual lo que distingue a un delito político de un delito común es el fin perseguido por el delincuente. Según uno de los mayores exponentes de esta teoría, "[s]i es un fin altruista de mejora

en razones políticas, el derecho a buscar y recibir asilo también opera en este caso.

Ahora bien, los Estados tienen cierto grado de discrecionalidad en la definición de los casos de procedencia del asilo para los perseguidos políticos. De hecho, la Convención sobre asilo político adoptada en Montevideo en 1933 determina que "La calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo" (Art. 2). Sin embargo, la discrecionalidad de los Estados no es ilimitada. La principal restricción se deriva de la *negación del derecho de asilo a quienes están perseguidos por delitos contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conductas constitutivas de terrorismo*. Así lo dispone la Declaración sobre asilo territorial[50] según la cual "no podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos" (Art. 1, num. 2). Igualmente, la Convención Interamericana contra el terrorismo[51] dispone que "Cada Estado Parte adoptará las medidas que corresponda, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho interno e internacional, a fin de asegurar que el asilo no se otorgue a las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para considerar que han cometido un delito establecido en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención" (Art. 13). Los instrumentos internacionales a los que alude el artículo son los que reprimen conductas asociadas al terrorismo y que han sido ratificados por los Estados.[52]

colectiva, el delito será político-social; será común si el delincuente obró por motivos egoístas de personal provecho" Ferri, Enrico Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925, p. 78. En este sentido, un mismo delito podrá ser político o común de acuerdo con el móvil de quien lo cometa. La segunda es la teoría objetiva que caracteriza una conducta como delito político en virtud del bien jurídico atacado, con independencia del móvil del autor. De acuerdo con uno de sus representantes, "para que un delito pueda incluirse dentro del cuadro de las infracciones políticas es condición precisa que esté caracterizado por un ataque dirigido contra uno cualquiera de los elementos integrantes de la organización política del país, o contra cualquiera de las actividades de sus poderes políticos" Ferri, Enrico, o*p, cit.,* p. 78. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en su Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, al referirse a la noción de delito político se acerca a la teoría subjetiva, pero la califica con un elemento relativo a la proporcionalidad de los medios empleados: "[p]ara determinar si un delito es 'común' o, por el contrario, 'político', debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado". Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1992). Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, párr. 152. Cabe destacar que en un fallo de 1949 sobre la disputa entre Colombia y Perú en relación con la concesión de asilo por parte del primero a un ciudadano peruano acusado de instigar y dirigir una rebelión militar, la Corte Internacional de Justicia señaló que este delito no era de derecho común y, por esta razón, rechazó la petición de Perú en el sentido de declarar que el asilado no era perseguido por delitos políticos. *Cfr*. Corte Internacional de Justicia, Caso Haya de La Torre, Colombia vs. Perú, Fallo del 20 de noviembre de 1950.

50 Declaración sobre asilo territorial, adoptada el 14 de diciembre de 1967 por la Asamblea General de la ONU [Resolución 2312 (XXII)].

51 Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02).

52 Se trata de los siguientes instrumentos: "a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.

Sin embargo, aunque de las disposiciones citadas se derivan compromisos para los Estados tendientes a enfrentar el terrorismo, es preciso resaltar que estas "no pueden interpretarse o aplicarse de una manera incongruente con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos".[53] Es una realidad innegable que la lucha global contra el terrorismo constituye una fuente de vulneraciones a los derechos humanos que opera especialmente a partir de una suspensión selectiva de las garantías fundamentales en contra de quienes se consideran como sospechosos de terrorismo. En relación con el tema que nos ocupa, la Comisión Interamericana ha constatado que "[l]os inmigrantes, los que buscan asilo y otros extranjeros son especialmente vulnerables a la discriminación en situaciones de emergencia resultantes de la violencia terrorista. Este es particularmente el caso cuando se considera que la violencia terrorista emana de fuentes extranjeras y en que, en consecuencia, se puede percibir que el asilo y otras medidas de protección de los no nacionales ofrecen un refugio para terroristas".[54]

Si bien los Estados que han ratificado los convenios mencionados tienen la obligación de no conceder asilo a las personas perseguidas por conductas constitutivas de terrorismo, por otro lado también tienen la obligación de *ofrecer las garantías necesarias* a quienes han sido *tildados como terroristas y buscan asilo*. Al respecto, la Comisión IDH ha indicado que "[l]as medidas encaminadas a la detención automática de las personas que buscan asilo no están, por lo tanto, permitidas por las protecciones internacionales de los refugiados. También pueden considerarse arbitrarias y, de acuerdo con las características de las personas afectadas por algunas de estas restricciones, como posiblemente discriminatorias de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos".[55] Igualmente ha señalado que "[d]ada la gravedad de las posibles consecuencias de la exclusión del *status* de refugiado, toda determinación que señale que una persona queda comprendida en una de esas categorías, debe ser efectuada mediante procedimientos imparciales y adecuados".[56] De acuerdo con esto, incluso cuando existe la sospecha de que quien busca asilo puede constituir una amenaza para la seguridad por su presunta implicación en actividades terroristas, los Estados tienen la obligación de ofrecer todas las garantías que implica el derecho a buscar asilo.

Ahora bien, en lo que respecta al contenido del derecho de asilo es importante destacar que la figura del asilo tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de una potestad de los Estados, tal como se desprende de las Convenciones de la Habana, Montevideo y Caracas. Por otro lado, se trata de un *derecho de toda persona perseguida por razones distintas a la comisión de un delito común.* En virtud de estas dos dimensiones, resulta que el derecho a buscar y recibir asilo no comporta una obligación correlativa de los Estados de concederlo a quien lo requiera. La Comsión IDH, al referirse al derecho de asilo reconocido en el artículo XXVII de la Declaración Americana, ha indicado que este "*no implica garantía alguna de que éste será otorgado*",[57] conclusión que se puede predicar también del inciso 2 del artículo 22 que consagra este derecho en términos muy similares a la Declaración. Igualmente, tanto la Declaración como la Convención establecen que "toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero… de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales". Según la Comisión IDH, esta disposición contiene dos criterios que son acumulativos y que deben por tanto ser satisfechos para que surja el derecho de asilo. El primero es que el derecho debe estar de acuerdo con la legislación de cada Estado y el segundo es que debe estarlo con los convenios internacionales.[58] La Comisión ha concluido que "[l]a naturaleza acumulativa de los dos criterios expresados en el artículo

j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999". Convención Interamericana contra el Terrorismo, artículo 1.

[53] Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 22 octubre 2002, OEA/Ser.L/V/ll.116, párr. 375.

[54] *Ibidem*, párr. 411.

[55] *Ibidem*, párr. 380.

[56] *Ibidem*, párr. 391.

[57] Comisión CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000, párr. 60.

[58] *Cfr*. Comisión CIDH. Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 151.

XXVII resulta en que, si el derecho se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración".[59]

Sin embargo, el que los Estados no estén obligados a otorgar el asilo no significa que carezcan de obligaciones en relación con este derecho. La principal obligación a este respecto es proporcionar *un marco procesal adecuado para el trámite de las solicitudes de asilo.* De acuerdo con la Comisión IDH, "[e]l derecho de buscar asilo necesariamente requiere que los solicitantes de asilo tengan la oportunidad de presentar su solicitud eficazmente ante una instancia plenamente competente para tomar decisiones".[60] La Comisión ha recomendado que esta instancia esté constituida por "quienes están mejor capacitados para formular las determinaciones de la elegibilidad".[61] que a su juicio serían "los encargados de interpretar y aplicar la legislación y la política sobre refugiados".[62] Adicionalmente, un marco procesal adecuado debe contemplar la posibilidad de revisión de la decisión sobre la concesión del asilo. Al respecto, la Comisión ha indicado que:

> En los casos en que los hechos de la situación de un individuo están en disputa, el marco procesal efectivo debe contemplar su revisión. En vista de que hasta la más idónea de las autoridades encargadas de la toma de decisiones puede errar al emitir un fallo y dado el riesgo potencial para la vida que podría derivarse de un error de esta índole, una apelación en méritos del caso de una determinación negativa constituye un elemento necesario de la protección internacional.[63]

Y ha señalado además que esta revisión "requeriría del establecimiento de una autoridad independiente designada para la toma de decisiones, con acceso a conocimientos especializados y medios para tomar decisiones fundamentadas".[64] Tomando en consideración estos criterios, en su informe sobre el *Caso del Comité Haitiano de Derechos Humanos vs. Estados Unidos,* la Comisión IDH declaró que el gobierno estadounidense había violado el derecho a buscar y recibir asilo consagrado en el artículo XXVII de la Declaración Americana, al haber interceptado en el mar y devuelto a su país de origen a los haitianos que masivamente estaban huyendo para buscar refugio en el exterior. La Comisión determinó que aunque este acto estaba de acuerdo con la legislación estadounidense, la cual admitía el derecho a buscar asilo a los que hubiesen logrado llegar a sus costas y establecía que los haitianos que buscaran asilo en los Estados Unidos deberían hacerlo a través de su embajada en Puerto Príncipe, constituía una violación del derecho en cuestión. Según la Comisión, el gobierno de Estados Unidos no realizó un examen adecuado de la situación de los haitianos que interceptó en el mar, ni les concedió una entrevista para determinar si reun[ían] los requisitos de 'refugiados'";[65] y además con la interceptación en el mar impidió que los haitianos buscaran asilo en otros países.

Es importante advertir que la Comisón IDH ha entendido que la alusión a los convenios internacionales contenida tanto en la Declaración como en la Convención, remite a la *Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre la situación de los refugiados.*[66] De este modo, la Comisión ha interpretado el derecho a pedir asilo a la luz de las protecciones establecidas en estos instrumentos en materia del derecho de los refugiados. De hecho, como lo explicaremos en el siguiente apartado, en la decisión en el caso de Haití sobre la concesión de asilo, jugó un papel determinante el principio de no devolución, propio del derecho de los refugiados. Esta situación permite advertir cómo *el derecho de asilo se ha visto en cierta forma absorbido por el llamado derecho de los refugiados*, que se ha desarrollado ampliamente a nivel

[59] *Ibidem*, párr. 153.

[60] Comisión CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000, párr. 68.

[61] *Ibid.*

[62] *Ibid.*

[63] *Ibidem*, párr. 109.

[64] *Ibidem*, párr. 112.

[65] Comisión IDH. Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 163.

[66] *Cfr*. *ibidem*, párr. 155.

internacional a partir precisamente de la Convención de 1951. Así, aunque en sentido estricto es posible establecer distinciones entre un asilado –que es un concepto más estrictamente ligado a persecuciones políticas– y un refugiado –que admite una visión más amplia de la idea de persecución–, en la práctica contemporánea los dos conceptos han tendido a asimilarse.

4. Garantías frente a la expulsión

El último componente del derecho a la libertad de circulación y residencia está constituido por una serie de garantías frente a la expulsión del territorio de un Estado. Tales garantías están consagradas en los incisos 5, 6, 8 y 9 del artículo 22, que se refieren, respectivamente, a la prohibición de expulsión de los nacionales de su propio Estado, a las condiciones para la expulsión de un extranjero que se halle legalmente dentro de un Estado, al principio de no devolución propio del derecho de los refugiados y a la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.

a. La prohibición de expulsión de los nacionales y el derecho a ingresar al propio país

El inciso 5 del artículo 22 establece que “[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”. En primer lugar, esta garantía consagra una *prohibición absoluta de expulsar a los nacionales de su propio Estado.* La garantía no contempla limitaciones de ningún tipo en tanto abarca a todo nacional y no admite caso alguno en el que se pueda justificar la expulsión. En palabras de la Comisión IDH, “[s]i hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humano que la doctrina lo llama ‘atributo de la personalidad’”.[67] En segundo lugar, el inciso 5 del artículo 22 establece que nadie puede ser privado del derecho a ingresar al territorio del Estado del cual es nacional, el cual incluye tanto el *derecho a regresar al país* después de haber salido de él, como el de *ingresar por primera vez cuando se ha nacido por fuera de él.*[68]

En la mayoría de los pronunciamientos sobre expulsión de nacionales en el sistema interamericano, la Comisión IDH evaluó la situación a la luz de la Declaración Americana y no de la Convención –pues los Estados acusados no habían ratificado la Convención–. Se trata principalmente de las resoluciones adoptadas por la Comisión IDH a mediados de la década de los ochentas en relación con las expulsiones de nacionales por parte de los Estados de Paraguay y Chile, motivadas por razones políticas. En el caso de Chile, la propia Constitución contenía una disposición transitoria que facultaba al Presidente para que, en vigencia del estado de emergencia, expulsara del país a los activistas comunistas y “a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyen un peligro para la paz interior”.[69] En todos estos casos, y pese a que la Declaración Americana no contiene una prohibición tan tajante como la incluida en el artículo 22 en relación con la expulsión de nacionales[70], la Comisón IDH declaró sin excepción que los Estados en cuestión habían violado el derecho de circulación y residencia. Por

[67] Comisión IDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, capítulo VI, párr. 5.

[68] Al respecto ver: Comité de Derechos Humanos. Observación General No 27, párr. 19. El Comité de Derechos Humanos en el párrafo 20 de esta Observación hace una distinción sutil y señala que conforme al lenguaje del PIDCP, que en este aspecto es diverso a la Convención, ese derecho no es exclusivo de los nacionales, pues el artículo 12 habla de que nadie puede ser privado del derecho a entrar a su “propio país”, que sería un concepto más amplio. En efecto, según el Comité DH, puede haber personas no nacionales pero que tengan vínculos tan estrechos con un determinado país, que pueda entenderse que dicho país es su país y por ende no pueda restringirse su entrada al mismo.

[69] Al respecto ver: Comisión I.D.H. Resolución Nº 24/82, Exiliados, Chile, 8 de marzo de 1982; Resolución No. 3/84, Caso 4563, Paraguay, 17 de mayo de 1984; Resolución No. 4/84, Caso 7848, Paraguay, 17 de mayo de 1984 Resolución No. 5/84, Caso 8027, Paraguay, 17 de mayo de 1984; Resolución No. 11/85, caso No. 9269, Chile, 5 de marzo de 1985.

[70] La Declaración Americana dispone en su Artículo VIII que “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”. La garantía frente a la expulsión deriva en este instrumento del derecho a no abandonar, sino por la propia voluntad, el territorio del Estado del cual se es nacional. Si se compara esta formulación con la prohibición absoluta contenida en el inciso 5 del artículo 22 de la Convención, se puede advertir con claridad que esta última es mucho más contundente que la primera.

su parte, en el *Caso Serrano Sáenz vs. Ecuador*, la Comisión IDH evaluó a la luz de la Convención la situación de un ecuatoriano que fue deportado a los Estados Unidos en virtud de una orden de arresto por un delito de homicidio cometido en este último país. El ciudadano ecuatoriano había vivido en los Estados Unidos de América y había adquirido la nacionalidad estadounidense por naturalización, pero regresó a su país de origen y fijó en este su residencia. La Comisión IDH advirtió que las autoridades ecuatorianas "no podían deportar a un ecuatoriano"[71] en tanto el derecho a permanecer en el territorio del que se es nacional y no ser deportado es un "derecho elemental inherente a la nacionalidad".[72] En virtud de esto, sumado a la arbitrariedad con la cual se llevó a cabo el procedimiento de deportación en el que ni siquiera se aplicaron las normas sobre extradición de extranjeros, la Comisión IDH determinó que el Estado de Ecuador violó el derecho de circulación y residencia. De este modo, no queda duda que *la prohibición de expulsión de nacionales no admite excepciones.*

En este punto es sin embargo necesario distinguir entre la expulsión de nacionales y su extradición. Esta última es una figura que permite la colaboración entre países en la lucha contra el crimen y que, si se somete a un procedimiento que respete las garantías procesales del nacional cuya extradición se pretende, no constituye un desconocimiento de la prohibición de expulsión de nacionales. De hecho, tal como lo ha advertido la Corte IDH, tratándose de las violaciones de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de "adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo".[73] En este sentido, la Corte ha valorado positivamente los esfuerzos realizados por los Estados para extraditar a presuntos responsables de tales violaciones.[74]

De otro lado, aunque la definición acerca de quién tiene la calidad de nacional hace parte de la discrecionalidad de los Estados, estos no pueden aplicar arbitrariamente sus propias disposiciones para eludir la prohibición absoluta de expulsión de nacionales. Por ejemplo, la Comisión IDH, en su informe anual de 1991, indicó que el Estado dominicano había violado el inciso 5 del artículo 22 con ocasión de la expulsión masiva de personas de ascendencia haitiana que habían nacido en República Dominicana. En esa oportunidad, el Estado alegó que los expulsados no eran nacionales, pues a pesar de que habían nacido en el territorio dominicano, eran hijos de extranjeros ilegales. Al respecto, la Comisón IDH constató que las excepciones al *ius soli* previstas en la Constitución de República Dominicana únicamente se referían a "a los hijos legítimos de extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén en tránsito en él" y advirtió que los expulsados no encajaban en ninguna de estas hipótesis pues se trataba de hijos de haitianos que no estaban de tránsito en el país.[75] Así, a pesar de que el Estado dominicano pretendió justificar las expulsiones a partir de una tergiversación de sus propias disposiciones sobre la nacionalidad, resultaba claro que los expulsados eran nacionales y que, por tal razón, el Estado había violado la prohibición absoluta de expulsarlos.

b. Límites a la expulsión de los extranjeros

Finalmente, el derecho a la libertad de circulación y residencia comporta una serie de garantías en relación con la expulsión de extranjeros del territorio de un Estado. Un primer límite a la expulsión de extranjeros se encuentra consagrado en el inciso 6 del artículo 22, el cual dispone que "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser

[71] *Ibid*.

[72] Comisión IDH. Informe no. 84/09, caso 12.525, fondo. Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador, 6 de agosto de 2009, párr. 67.

[73] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 160.

[74] *Cfr*. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú,* párr. 159. En este caso la Corte reconoció los esfuerzos realizados por el Estado peruano para lograr la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, primero desde Japón y luego desde Chile.

[75] Comisión IDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley". La adopción de la decisión de expulsión conforme a la ley implica que, para que sea válida, esta debe respetar un "mínimo de debido proceso"[76] a fin de impedir las expulsiones discriminatorias o arbitrarias.[77] No se trata pues de un mero requisito formal que se agota con la simple *existencia de una ley que autorice la expulsión*, sino que es preciso que la regulación contemple unas *garantías procesales mínimas* y, en general, que sus disposiciones sean compatibles con la Convención. Según la Comisión IDH, estas garantías deben incluir "el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formul[en], y en consecuencia para defenderse ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas".[78]

De conformidad con lo anterior, en el *Caso Loren Laroye Riebe y otros*, la Comisión IDH determinó que el Estado mexicano había violado el inciso 6 del artículo 22 por haber expulsado a tres sacerdotes extranjeros que según el Gobierno estaban realizando proselitismo a favor del EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) e incitando a los campesinos e indígenas de la región de Chiapas a ejecutar actos en contra de las autoridades y los particulares. En este caso, la Comisión IDH constató que ninguna de las garantías señaladas se cumplió, pues el procedimiento administrativo que condujo a la expulsión "se limitó al trámite cumplido en espacio de unas horas en el aeropuerto de la Ciudad de México".[79] Del mismo modo, la Comisión IDH determinó que el Estado de Haití había violado el artículo 22 de la Convención, al expulsar del país a un ciudadano estadounidense a quien "no se le dio audiencia ni administrativa ni judicial a fin de que pudiera defenderse de los cargos que motivaban su expulsión por el Gobierno"[80] y quien además fue expulsado por razones políticas.[81]

Aunque la garantía consagrada en el inciso 6 del artículo 22 se refiere a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, esto no significa que quienes hayan ingresado al país ilegalmente o permanezcan en él más allá del tiempo permitido no gocen de ningún tipo de garantía frente a la expulsión. Al respecto, la Corte Interamericana ha indicado que los *migrantes indocumentados o irregulares* se encuentran en una situación de vulnerabilidad pues están más expuestos a violaciones a sus derechos.[82] Considerando esta situación, la Corte ha interpretado que al adoptar medidas que afecten a esta población, "los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce... sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa".[83] De conformidad con esto, ha señalado que los "mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio... deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana".[84] En este sentido, en la expulsión de extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado también deben respetarse las

76 O´Donnell, Daniel, *op. cit.*, p. 591.

77 Comité de Derechos Humanos. Observación General No 15, Párr. 10.

78 Comisión IDH. Informe nº 49/99, caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999, párr. 71.

79 *Ibidem*, párr. 59.

80 Comisión IDH. Resolución No. 20/88, Caso 9855, Haití, 24 de marzo de 1988, párr. 10.

81 *Ibidem*, párr. 11.

82 *Cfr*. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 98. La Asamblea General de las Naciones Unidas también se ha referido a esta condición de los migrantes irregulares: "la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular". Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre "Protección de los migrantes", A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo, párr. quinto.

83 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 100.

84 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 119. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 100.

garantías procesales mínimas ya mencionadas. De acuerdo con la Comisón IDH, en los procedimientos de deportación contra extranjeros "las personas afectadas deben tener derecho a ser oídos y deben tener una oportunidad adecuada para ejercer su derecho de defensa".[85] La Comisión IDH ha especificado que "[s]i bien esto puede no exigir la presencia de todas las garantías requeridas para un juicio justo en la esfera penal, debe otorgarse un umbral mínimo de garantías del debido proceso",[86] el cual incluye "el derecho a la asistencia de un abogado, si así lo desean, o de un representante en el que confíen, con suficiente tiempo para determinar los cargos que se le imputan, un plazo razonable para preparar y formalizar una respuesta y procurar y aducir pruebas en su defensa".[87]

Directamente ligada a esa *interdicción de procedimientos arbitrarios,* el inciso 9 del artículo 22 establece un segundo límite al *prohibir la expulsión colectiva de extranjeros*, la cual opera con independencia del estatus migratorio de estos. Según el Comité de Derechos Humanos, la proscripción de la arbitrariedad de las expulsiones "no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas",[88] en la medida en que en este tipo de casos es claro que no existe una evaluación de la condición particular de cada extranjero. Al respecto, la Comisión IDH ha destacado que "una expulsión se torna colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso".[89] En este sentido, el carácter colectivo de la expulsión no se determina en función de la cantidad de personas expulsadas, sino de la ausencia de un procedimiento que tenga en consideración la situación particular de cada extranjero. En tanto en este tipo de casos la expulsión se da por el hecho de pertenecer a un grupo, no operan las garantías procesales mínimas que evitan la arbitrariedad, y por el contrario cabe presumir la existencia de un trato discriminatorio.

En el ámbito regional, un ejemplo de estas expulsiones colectivas proscritas por el artículo 22 es precisamente el de las repatriaciones de haitianos residentes en República Dominicana a las cuales se refirió la Comisión IDH en su informe anual de 1991. Durante el año 1991, mediante un decreto presidencial se ordenó la repatriación de extranjeros menores de 16 años de edad y mayores de 60 años de edad que hubieran ingresado a la República Dominicana para trabajar en la industria azucarera. La Comisión IDH determinó que la aplicación de este decreto "impuso una expulsión colectiva" pues el mismo desató "una persecución indiscriminada contra los haitianos y sus descendientes, nacidos o no en República Dominicana, para sacarlos del país".[90] En efecto, la Comisión IDH constató que la primera etapa del procedimiento de repatriación consistía en una redada dirigida "sólo a las personas que físicamente parecían ser haitianos sin solicitar documentación para comprobar en realidad si eran haitianos o dominicanos".[91] Igualmente, la Comisión IDH verificó que en el proceso de repatriación no se concedió a los afectados "una audiencia formal con garantías mínimas para alegar su derecho a permanecer en el país, ya sea por tener el derecho a la ciudadanía, o por estar habilitado a obtener permiso de residencia temporal o permanente, o por tener de algún modo derecho a regularizar su presencia en el país".[92] La Comisión IDH determinó que estos hechos comportaban una violación del derecho a la libertad de circulación y residencia, en la medida en que se produjo una expulsión colectiva de haitianos que comportaba en sí misma un procedimiento arbitrario proscrito por el inciso 9 del artículo 22.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 22 consagra un tercer límite a la expulsión de extranjeros al disponer que "[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza,

[85] Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, párr. 403.
[86] *Ibid*.
[87] *Ibid*.
[88] Comité de Derechos Humanos. Observación General No 15, Párr. 10.
[89] Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, párr. 404. *Cfr*. CIDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.
[90] Comisión IDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.
[91] *Ibid*.
[92] *Ibid*.

nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas". Se trata del llamado *principio de "no devolución"*, usualmente conocido por su expresión francesa de *non refoulement*, el cual se encuentra previsto en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados[93] y en las Convenciones contra la tortura, tanto de Naciones Unidas como del sistema interamericano.[94] Este principio prohíbe expulsar incluso a los extranjeros en situación irregular, si la devolución se hace a un país en donde corre riesgo su vida, su libertad personal debido a su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, o si existen fundamentos para creer que pueden ser sometidos a tortura. En este sentido, la Comisión IDH ha resaltado que la obligación de no devolución "es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado".[95] Del mismo modo, el Comité contra la tortura ha indicado que esta obligación opera incluso frente a aquellas personas que no reúnen los requisitos para ser refugiados o que pudieron haber cometido delitos en el pasado. Así por ejemplo, en el *Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana contra Venezuela,* el Comité contra la Tortura determinó que el Estado venezolano había violado el principio de no devolución pues había extraditado al Perú a la peticionaria, a pesar de que esta había objetado su extradición, por cuanto en ese momento podía ser torturada en ese país debido a que se considerada que pertenecía al grupo guerrillero Sendero Luminoso.[96]

En el ámbito interamericano, en el caso sobre la interceptación de haitianos en alta mar, la Comisión IDH interpretó el alcance del derecho a buscar y recibir asilo consagrado en la Declaración Americana a la luz del principio de no devolución establecido en la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. De conformidad con este, concluyó que este principio "no reconoce limitaciones geográficas"[97] y por tanto se aplica también cuando la persona es devuelta de alta mar al territorio del cual huyó, es decir, incluso cuando no ha pisado aún el territorio del Estado al cual pretende llegar para buscar refugio.

---

93 "Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement"). 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

94 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3. "1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura". Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. "Artículo 13. … No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente".

95 Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, párr. 394.

96 Comité contra la Tortura. Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana contra Venezuela, Comunicación No 110/1988.

97 Comisión IDH. Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 157.

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y Otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. *Reverón Trujillo vs Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. *Chitay Nech y otros vs Guatemala.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *López Mendoza vs Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Opiniones Consultivas

Corte IDH. *Sobre la colegiación obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC–5/85, del 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Tesis P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, que señala: "Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes".

Sala Superior del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México)

SUP-JDC-461/2009.

SUP-JDC-1154/2010.

SUP-JDC-126240/2011 y acumulados.

Artículos y publicaciones académicos

ARAGÓN CASTRO, Laura Lizette, *Alcances y limites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales*, México, TEPJF, 2011.

BOURGORGUE–LARSEN, Laurence y UBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter–American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Costitucionale Commune en América Latina,* Tomos I y II, México, IIJ-UNAM, 2010.

CABALLERO OCHOA, José Luis. *Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Comentarios a la Sentencia SUP –JDC – 695/2007 del TEPJF, Número 3 de la serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no. 116, 2006, pp. 371-403.

CARMONA TINOCO, ULISES, Jorge. *El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. IX, 2009.

COOPER, Andrew F. y LEGLER, Tom. *The OAS Democratic Solidarity Paradigm: Questions of Collective and National Leadership*, Latin American Politics and Society, vol. 43, no. 1, 2001.

CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica y GARCÍA GÁRATE, Iván. *Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de representación proporcional*, México, TEPJF, 2010.

FERRER MAC–GREGOR, Eduardo y SILVA, Fernando. *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Porrua-IIJ -UNAM, 2009.

FIX–FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, IIJ-UNAM, 2006.

NOLI, María Milagros, *Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras*, Revista Internacional de Derechos Humanos, año. 1, no.1, 2001, pp. 219-239, disponible en: www.revistaidh.org.

PELAYO MÖLLER, Carlos María y VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago. *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. IX, 2009.

RIVERA, José Antonio, *Igualdad democrática y medidas afirmativas. ¿Equidad y cuotas?,* México, TEPJF, 2011.

SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica,* México, Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

Índice

I. Introducción

1. La primera fase de desarrollo no convencional: la Carta de la OEA y la DADDH

Los derechos político-electorales merecen un especial reconocimiento dentro del sistema interamericano, porque además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son abordados de manera especial tanto en la Carta de la OEA, como en la DADDH desde la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948. Además los derechos político-electorales y en general la democracia como forma de gobierno, han merecido una regulación específica a través de un instrumento interamericano, que es la Carta Democrática Interamericana.[1]

Como se mencionaba, los principios democráticos y con ellos la protección de los derechos político-electorales, fueron una preocupación presente desde la fundación de la OEA a través de la Carta Si bien el momento histórico en el que nace la Carta Americana no fue el más afortunado políticamente en la región, y la aspiración democrática parecía más bien buenos deseos, en una América plagada de regímenes autoritarios y de intervenciones extranjeras. El propio preámbulo de la Carta, parecía referirse a la democracia representativa como un anhelo más que como un realidad en los países americanos y como condición indispensable para la estabilidad, paz y el desarrollo en la región. De hecho en los propósitos de la Carta, se le otorga un rol a la Organización de promoción y consolidación de la democracia representativa.[2] Más aún, la Carta de la OEA parece vincular pobreza y democracia, al señalar que la eliminación de la primera es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa.[3]

Esta vocación democrática de la OEA, se ve reforzada en la Carta a través de una serie de referencias a la cooperación hemisférica en asuntos de promoción de la democracia participativa.[4] Pero es quizá en el tema de la suspensión de miembros en los que la cuestión de la democracia participativa y en especial la cláusula democrática, tienen un mayor desarrollo. En principio, la disposición es simple, un Estado miembro de la OEA cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza, puede ser suspendido de sus derechos de participación en los órganos de la OEA.[5] Sin embargo, el ejercicio de la suspensión ha sido uno de los aspectos más polémicos de la OEA y que más consecuencias políticas y controversias ha causado. De hecho, en un continente largamente aquejado, en especial en las décadas de los sesenta y setenta, por los cuartelazos, golpes de Estado y otras suspensiones *de facto* de la regularidad constitucional, sólo dos estados han sido suspendidos por este medio: Cuba en 1962 y Honduras en 2009.

Los cambios en los sistemas políticos de los estados miembros de la OEA y en general un proceso de democratización relativamente reciente, trazan un paralelo con la construcción normativa y jurisprudencial de los derechos político-electorales en el Sistema Interamericano. Más aún, se puede decir que son a la vez producto y catalizador de dicho proceso.[6] Debido a esto, y al mandato general de

---

1 Aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General del 11 de septiembre del 2001 en Lima, Perú.

2 Art. 2.b.

3 Art. 2.f.

4 Art. 31 que habla de los principios democráticos que informan la cooperación entre los Estados de la OEA, el art. 45 que se refiere a la consolidación del régimen democrático y el art. 95 que subraya el fortalecimiento de la conciencia cívica de los pueblos americanos, como fundamento del ejercicio efectivo de la democracia y la observancia de los derechos y deberes de la personas humana.

5 Art. 9. Se requiere el voto de dos terceras partes de los Estados miembros para suspender a otro miembro.

6 El contexto en el que se desarrollaron los principales instrumentos e instituciones de protección regional de derechos humanos es el de la transición de regímenes autoritarios militares a sistemas de representación electoral. Es decir, si bien la genealogía del sistema interamericano es paralela a los procesos de democratización, el punto de partida son

la OEA, el sistema interamericano está llamado a interpretar de manera más amplia la participación política dentro del contexto de democratización electoral en América Latina.

Si bien su enfoque hacia los aspectos que podemos denominar democracia formal o representativa, es entendible en función de los recientes procesos de transición democrática, las nacientes exigencias sociales para impulsar estos procesos, pueden verse plasmadas en nuevas peticiones relativas a las formas de democracia participativa. Sin embargo, su concreción en los llamados mecanismos de democracia directa, no son iguales en todos los Estados americanos. Un pequeño ejercicio comparativo puede dar una buena idea de cómo en los nuevos constitucionalismos latinoamericanos predomina una idea de democracia participativa, frente a los anquilosados sistemas constitucionales que reducen al mínimo la expresión democrática encasillándola reduccionistamente a la democracia representativa electoral. En la región, las nuevas constituciones como la de Bolivia no solamente distinguen entre democracia participativa y representativa, sino que añade la forma democrática comunitaria.[7] A este amplío abanico de opciones democráticas, se oponen sistemas electorales cerrados como el mexicano, todavía atrapado en el monopolio de lo político por el ámbito estrictamente electoral.[8]

Por lo que respecta a la DADDH, si bien sus considerandos y preámbulo no hacen referencia directa al sistema democrático o a la participación política, el artículo XX se refiere específicamente a este tema:

> Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno del país directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

El esbozo que hace el Artículo XX de la Declaración, que junto con la Carta de la OEA, enmarcarían el desarrollo posterior, por vía convencional, que hace el artículo 23 de la CADH. Ya se prevén algunos de los puntos esenciales para el desarrollo de los derechos político electorales en el sistema interamericano, como: el principio de universalidad de la participación pasiva y activa, si bien sujeta a restricciones legislativas y algunos requisitos de participación formal en los procesos electorales (elecciones por voto secreto, genuinas, periódicas y libres).

En esta primera etapa de desarrollo se caracteriza por la falta de anclaje vinculante, más que en términos muy generales en la Carta, de los derechos políticos electorales. Por otro lado, la Declaración no da luces en el artículo XX sobre las cualidades que se deben tener para acceder al ejercicio de los derechos político-electorales, dejándolas a la discreción de los Estados partes su desarrollo legislativo. El único límite que surge, se basa en una lectura integral de la Declaración y en concreto del principio de igualdad ante la ley del Artículo II.[9] Dentro de este primera referencia a los derechos político-electorales, los estados parte parecen más interesados en establecer reglas básicas para la conducción de procesos electorales, lo cual al momento de negociación de la Declaración estaba muy lejos de ser cumplidos en los Estados Americanos, que realmente garantizar la participación no discriminatoria en las actividades políticas, incluyendo una dimensión extra-electoral. Sin embargo, la Declaración prevé el listado de un

los sistemas autoritarios. Véase, González Morales, Felipe, "Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969 – 1990)", revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 46, 2007, pp. 123–157. De igual forma el voto concurrente del Juez García Sayán en el *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, no. 127), párr. 1.

7 La democracia participativa se identifica como la directa e incluye formas como el referendo, la iniciativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. A las asambleas y cabildos les otorga además el carácter de deliberativas. Por lo que se refiere a la democracia representativa, está se da por la elección de representantes por voto universal, directo y secreto. Finalmente, la democracia comunitaria, se da por medio de elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas y originario campesinos. (art. 11)

8 Si bien existen algunos enclaves de apertura, como por ejemplo la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal del 2004.

9 Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

número importante de derechos íntimamente relacionados con los derechos político-electorales y cuya lectura integral y sistemática ayuda a robustecer los alcances del artículo XX.[10]

Desarrollados los contenidos mínimos de los derechos político-electorales en la Declaración, la misma se da a la tarea de mencionar algunos asuntos del mismo orden que encaja dentro de los Deberes. El primero es el deber de sufragio:

> Artículo XXXII. Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitado para ello.

Una vez más, la Declaración remite al desarrollo normativo de los Estados parte, las cualidades para acceder al voto, estableciendo la obligación de participar en los comicios electorales. En cuanto al desempeño de cargos públicos, se extiende la misma obligatoriedad que en el caso del voto:

> Artículo XXXIV. Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y su conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz.

Asimismo el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le corresponden en el Estado de que sea nacional.

El común denominador de los deberes de participación política activa y pasiva, es que está mediado por el requisito de ostentar la nacionalidad del Estado en el que se pretenden ejercer actividades políticas. De ahí, la importancia del derecho a la nacionalidad del Artículo XIX, como primer condición subjetiva mencionada como legítima para acceder plenamente al ejercicio de los derechos político-electorales. Siguiendo esta misma línea que se concentra en la nacionalidad como condición fundamental para la participación política, la Declaración incluye en su lista de deberes, el deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero:

> Artículo XXXXVIII. Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero.

La centralidad que la Declaración le da a la nacionalidad frente a otros criterios como los de residencia permanente, parece más bien fruto de las condiciones históricas en las que se encontraban los estados parte de la OEA en el momento, caracterizados por lo general por una xenofobia a veces fundada en dolorosos episodios de intervención extranjera en los asuntos internos.[11] No obstante, el momento

[10] Además del ya mencionado Artículo II, de manera no taxativa, sino meramente ilustrativa, se incluyen los siguientes derechos de especial relevancia para el ejercicio de los derechos político-electorales: Artículo VIII. Derecho de residencia y tránsito (para efectos de poder realizar proselitismo y campañas políticas, así como cambiar de residencia y gozar de los derechos político-electorales) Artículo X. Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia (para efectos de poder realizar campañas políticas sin la injerencia de otros competidores), Artículo XVII. Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles, (para cumplir con los requisitos para la participación político-electoral), Artículo XVIII. Derecho de acceso a la justicia (para recurrir acciones que limiten el ejercicio de los derechos político-electorales, Artículo XIX. Derecho a la nacionalidad (al igual que el Artículo XVII para cumplir con los requisitos para la participación político-electoral), Artículo XXI. Derecho de reunión (indispensable para mítines políticos y reuniones partidistas), Artículo XXII. Derecho de asociación (fundamento para la constitución de asociaciones y partidos políticos) y Artículo XXIV. Derecho de petición (para efectos de conocer la reglamentación electoral y la motivación de ciertas acciones estatales en materia político-electoral.

[11] El caso más contundente es el mexicano, en el que el artículo 33 de la Constitución Política de 1917, prohíbe a los extranjeros inmiscuirse en los asuntos políticos del país. Si bien dicho artículo ha sido matizado con la reforma del 10 de junio del 2011, para establecer ciertas garantías de debido proceso (específicamente la garantía de audiencia) en el caso de expulsión de extranjeros; la prohibición de participación en los asuntos políticos sigue intacta, incluyendo a residentes permanentes. Otro caso interesante es el de la Constitución de Costa Rica en el que el voto no sólo se limita a costarricenses, sino que los ciudadanos naturalizados sólo podrán sufragar hasta un año después de obtener la carta de naturalización. (art. 94) Una disposición similar de prohibición de la participación de extranjeros en actividades políticas se encuentra en la Constitución Hondureña de 1982.(art. 32).

constitucional americano actualmente muestra una creciente aceptación de los extranjeros residentes como actores políticos legitimados en los recientes ordenamientos.[12]

2. Reconocimiento convencional e interpretación por los órganos interamericanos

Originalmente dentro del Proyecto de Convención, los derechos político-electorales se contemplaban en el artículo 21 y no en el 23.[13] De manera general el artículo 21 del Proyecto se asemeja mucho al actual 23 de la Convención, del cual se distingue más bien por la inclusión de su segundo párr.. En este sentido en las Actas y Documentos de negociación, se muestra que la primera delegación que estableció algunos comentarios sobre dicho artículo, fue la de República Dominicana.[14] Dentro de los comentarios al entonces artículo 21, uno de ellos se refería a una preocupación que sería retomada posteriormente, el hecho de que la redacción permitía excepciones al ejercicio de los derechos político-electorales con base en la ley nacional era demasiado amplia y podía restringir la participación de varios sujetos. También se objetó que no se reconocían específicamente los requisitos normales del sufragio, como la edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental y se proponía incluir excepciones taxativas que fueran más limitadas y específicas. Con anterioridad a la discusión del entonces artículo 21, se nombró una comisión para proponer otra redacción para someterse a la votación de los delegados a la Conferencia. Dicho texto se refería a la preocupación expresada en los comentarios de República Dominicana e incluía limitaciones específicas para el ejercicio de los derechos político-electorales.[15]

[12] Uno de los primeras Constituciones que abrieron esta posibilidad, derivada de su historia migratoria, fue la uruguaya de que en su artículo 78 extiende el sufragio a extranjeros, sin ciudadanía legal, de buena conducta, con familia en la República Uruguaya, que posean capital en giro o propiedad en el país, o que profesen ciencia, arte o industria y tengan por lo menos quince años de residencia. Las Constituciones de nuevo cuño como la Venezolana de 1999 admite en su artículo 64 segundo párr., el voto en elecciones parroquiales, municipales y estadales a extranjeros mayores de edad, con más de diez años de residencia. La Constitución Guatemalteca de 1985 (reformada en 1994), si bien no permite el voto más que a ciudadanos, prevé la adquisición de nacionalidad preferente por parte de los nacionales por nacimiento de las Repúblicas que constituyeron la Federación de Guatemala, con la sola adquisición de domicilio y la manifestación de su deseo de adquirir la nacionalidad guatemalteca(art. 145). La Constitución Colombiana de 1991 deja que la ley interna regule la forma en que los extranjeros residentes en Colombia ejerzan el voto en elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital. La misma tendencia se puede observar en los más recientes ejercicios constitucionales como el de Bolivia del 2009, en el que se permite a las extranjeras y extranjeros residentes sufragar en comicios municipales bajo el principio de reciprocidad internacional (art. 27). Por último, también la Constitución de 2008 del Ecuador extiende los derechos de voto para elecciones de Presidenta o Presidente y Vicepresidente o Vicepresidenta. (art. 63)

[13] El texto del artículo 21 era el siguiente: 1. Todos los ciudadanos gozarán, con las excepciones que establezcan sus leyes nacionales, las que no pueden comprender ninguna de las distinciones mencionadas en el Artículo 22 (igualdad y no discriminación equivalente al actual 24), de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) de acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país. Doc. 5 de 22 de Septiembre de 1969, Resolución aprobada por el Consejo de la Organización de Estados Americanos en la sesión celebrada el 2 de octubre de 1968, en Actas y documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7-22 de noviembre de 1969, OEA, San José, Costa Rica, OEA/Ser.K/XVI/1.2, disponible en:
http://www.oas.org/es/cidh/docs/basicos/ActasConferenciaInteramericanaDDHH1969.pdf

[14] Observaciones y comentarios al proyecto de Convención sobre protección de Derechos Humanos presentados por el gobierno de la República Dominicana, 20 de junio de 1969, en Actas y documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *ibidem*., p. 50.

[15] El texto propuesto quedaba de la siguiente manera:
1.Todos los ciudadanos de un Estado Parte gozarán de los siguientes derecho y oportunidades:
a) de participar en la dirección de los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal o igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
c) de tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
d) De pertenecer libremente a partidos políticos, cuyo funcionamiento la ley debe proteger.
2. La ley podrá reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refieren los incisos a) y b) del párr. anterior exclusivamente por razones de edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil y mental según el caso, “Acta de la décima tercera sesión de la Comisión “I”, Doc. 54, 18 de noviembre de 1969,
Doc. 54 18 noviembre 1969, en Actas y documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos

Sin embargo, el representante de la Comisión, Justino Jiménez de Arechega sugirió la inclusión de la nacionalidad dentro del texto de los supuestos de exclusión taxativos del entonces artículo 21.2. Otras propuestas, fueron la inclusión dentro de las excepciones permitidas por el Pacto de las personas que fueran suspendidas de derechos políticos por condena de juez competente en materia penal, propuesta por el delegado brasileño y que finalmente se incorporó en la Convención.[16] Es interesante que el párr. 1.4 del entonces artículo 2, incluyera la participación dentro de los partidos políticos, a lo que algunas delegaciones se opusieron, como es el caso de México y que finalmente no quedó en el texto definitivo.[17]

Finalmente, como resultado, el artículo 23 de la CADH no desarrolla de manera especial el tema de la democracia interna de los partidos políticos, pero si considera una connotación amplia de participación en asuntos públicos, los derechos políticos *lato sensu*, y propiamente el ejercicio de los derechos político –electorales *stricto sensu*: [18] votar y ser votado, así como el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, lo que la asemeja en su contenido a la consagración de este derecho en los otros grandes tratados sobre derechos civiles y políticos.[19] Sin embargo, en gran medida la interpretación del Sistema Interamericano, principalmente por vía jurisdiccional, se centra en la dimensión político– electoral *stricto sensu*.

Encontramos además del punto central de enunciar los derechos políticos-electorales, la serie de condiciones taxativas ya aludidas para su debida regulación, mediante un adverbio de modo que condiciona el conjunto de posibles límites al ejercicio de estos derechos a prácticamente siete causales. Estos son eminentemente subjetivos en razón de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. De tal manera que se reduce considerablemente el marco de interpretación, al tratarse de una regla prescriptiva y no de un principio, como es propio de las normas sobre derechos humanos. Incluso el haber incorporado esta regla ha sido una parte de la *litis* que los representantes de la víctima han intentado hacer valer en alguno de los casos presentados ante la Corte IDH, como señalaremos en su momento.[20]

Humanos, *ibidem*., pp. 253-254.

[16] *Ibidem*, p. 254.

[17] Dicho texto fue sometido al voto de los delegados y fue rechazado. A favor de incluirlo se pronunciaron los delgados de Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Chile, Uruguay y Venezuela. En contra el delegado de Trinidad y Tobago. Se abstuvieron los delegados de El Salvador, Honduras, Paraguay, Panamá, Argentina, Brasil, México, Guatemala, Nicaragua, Perú y Costa Rica, ibid., 257.

[18] Sobre los derechos políticos como derechos fundamentales, y la distinción entre estos y los de carácter electoral, véase Fix – Fierro, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos, México, IIJ – UNAM, 2006, especialmente pp. 26 ss.

[19] Así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos: "Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades:
a) Participar en la dirección de los asuntos políticos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos;
b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"
También se menciona en el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: "[a]rtículo 3. Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".
Finalmente en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos: "Artículo 13.
1. Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley.
2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país.
3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley".

[20] Nos referimos al caso Corte IDH. *Caso Casteñeda Gutman vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

3. Los derechos políticos en otros instrumentos interamericanos

Los últimos pasos en el marco de tratados, que ha tomado la evolución del sistema interamericano se refieren a mencionar el ejercicio de los derechos político-electorales dentro de dos instrumentos creados para la protección de grupos específicos de personas. Por un lado las mujeres con la Convención de Belém do Pará, del 9 de junio de 1994, y las personas con discapacidad a través de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Otro instrumento de gran importancia, si bien no goza del revestimiento de ser un tratado internacional, es la Carta Democrática Interamericana.[21] Al ser una resolución de la Asamblea General, la misma no goza de carácter vinculante, ni mucho menos otorga jurisdicción a los órganos interamericanos. A pesar de estas limitaciones, se puede decir que la Carta Democrática Interamericana enumera y amplía el campo en el cual se desarrolla la actividad de promoción y consolidación de la democracia representativa en al región. Al igual que la Carta de la OEA, la mención a la democracia representativa parece un poco restrictiva, dado su carácter ampliado en la práctica sociopolítica reciente, por ejemplo en su configuración en los momentos constitucionales más recientes. Sin embargo, la Carta Democrática rebasa considerablemente el concepto estricto de democracia procedimental electoral, al establecer un nexo obligatorio con el combate a la pobreza y el respeto y garantía de los derechos humanos.[22] La definición de los elementos esenciales de la democracia representativa en la Carta Democrática, aparece en el preámbulo incorporando y desarrollando conceptos de la Carta de la OEA, como la lucha contra la pobreza y la desigualdad, pero también de instrumentos propios del ámbito de los Derechos Humanos, como el Protocolo de San Salvador y el desarrollo de los Derechos económicos, sociales y culturales.[23] También existen menciones a anteriores declaraciones relativas a la adopción de cláusulas democráticas y derechos laborales.

Quizá la mayor aportación de la Carta Democrática es la relación que hace entre democracia representativa y estado de derecho.[24] Además la Carta Democrática, como ha confirmado uno de los votos concurrentes de los miembros de la Corte IDH, ha aportado el dispositivo teórico del derecho humano a la democracia.[25] También enuncia los elementos esenciales de la democracia representativa, entre ellos: respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales, acceso al poder y su sujeción conforme al Estado de derecho, celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos

[21] Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos del 11 de septiembre de 2001, en Lima Perú.

[22] Para algunos observadores, la Carta Democrática Interamericana marca un hito en la concepción del democracia en el hemisferio. Por ejemplo para Mariela Morales Antoniazzi, la misma: "Abarca múltiples alcances, sentando nuevos paradigmas: en lo político se pasa de una versión minimalista electoral a un concepto amplio basado en la dignidad humana, en lo histórico, ve hacia el futuro desde su pasado y antecedentes, en lo social aspira a satisfacer el derecho a la democracia que sienten los pueblos de América y en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, su condición es particular al entenderse como instrumento de actualización e interpretación de la carta fundacional de la OEA", cf., ¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrrer Mac-Gregor, Eduardo Morales y Mariela Antoniazzi, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Costitucionale Commune en América Latina*, Tomo I, México, IIJ-UNAM, 2010, pp. 199-240, p 213.

[23] Sobre la labor de la OEA en temas de democracia con anterioridad a la Carta Democrática, vid., Andrew F. Cooper y Tom Legler, "The OAS Democratic Solidarity Paradigm: Questions of Collective and National Leadership", Latin American Politics and Society, vol. 43, no. 1, 2001, pp. 103-126.

[24] Por ejemplo el Art. 2. que señala: El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

[25] Voto Concurrente Juez Diego García Sayán en el Caso Yatama, en el cual señala que el art. 1 de la Carta Democrática Interamericana al hablar que los pueblos de América tienen derecho a la democracia, se consagra un verdadero derecho a la democracia, *op. cit.*, parr. 7

y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos.[26] Para efectos del desarrollo de los derechos político-electorales, la Carta Democrática de la OEA podemos deducir ciertos principios aplicables a la contienda electoral sobre los que se desarrollan las obligaciones contenidas en el artículo 23 del Pacto de San José. Así, se puede extraer la necesidad de mantener existencia de normas electorales previas para efectos de participación política, el carácter universal y secreto del voto y la obligación del Estado de mantener un sistema plural de partidos.

Además de estas características internas del proceso democrático electoral, la Carta delinea el "clima" en el cual se desarrollan dichos procesos. En este sentido, se que refiere a los componentes para el ejercicio de la democracia: la transparencia, probidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, respeto a los derechos sociales y a la libertad de expresión y prensa.[27] Si bien dentro de la Convención no se incluyeron disposiciones específicas a los partidos políticos, la Carta democrática retoma el tema al señalar la importancia de los partidos y otras organizaciones políticas en la democracia.[28] Las referencias a los partidos y a las condiciones en el que se desarrollan las elecciones son importantes, más sólo sugieren tímidamente una definición más robusta que la tradicional democracia representativa electoral. Solamente dentro del artículo 6 se puede observar una tendencia hacia un concepto de democracia más como un proceso que no sólo se limita al ejercicio electoral, sino concretamente a la definición de los programas de desarrollo.[29]

Otro avance presentado en la Carta, es la relación entre la eliminación de discriminación y la democracia.[30] Dado que el principio de no discriminación es considerado un principio de *ius cogens* dentro del sistema interamericano, además de existir un desarrollo tanto en la Carta de la OEA como en el Paco de San José, la innovación consiste en mencionar la necesaria correlación con los principios democráticos, además de incluir categorías sospechosas de discriminación, como son los pueblos indígenas y los migrantes en cuanto a los derechos políticos. El resto de las disposiciones de la Carta, se refieren a la relación entre democracia, desarrollo integral y pobreza, la democracia y las misiones de observación electoral y promoción de la cultura democrática.[31]

Una mención especial merece el procedimiento establecido en el Título IV para el fortalecimiento y la preservación de la institucionalidad democrática. Básicamente dicho procedimiento permite a los órganos de la OEA y al Secretario General, implementar una serie de medidas para preservar la democracia en los países miembros, en los casos en que pueda existir un riesgo o interrupción a la normalidad democrática de dichos estados. Para efectos de la Carta, se entiende que el peligro versa sobre un proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder. Si bien la ambigüedad de los conceptos parece dar pie a un uso discrecional de la Carta Democrática, presenta un avance considerable a las suspensiones, concretamente la de Cuba, operadas bajo el esquema aún mas general de la Carta de la OEA.

Quizá el momento más importante para verificar la verdadera capacidad de la Carta y el compromiso de los Estados parte con la misma, fue el golpe de Estado en Honduras en 2009. Si bien los procedimientos establecidos en la Carta fueron llevados a buen puerto, ya que culminaron en la suspensión de Honduras después del golpe de Estado, lo más interesante fue la acción contundente que tuvo la Comisión IDH, al agotar todas sus vías políticas de presión en este caso. Comunicados de prensa, visitas, informes especiales, además de un inusitada concesión de medidas provisionales a un número importante de opositores al golpe y funcionarios del gobierno electo democráticamente, fueron las vías por las que la Comisión tuvo un papel fundamental como órgano de la OEA en el caso del golpe de Estado en Honduras. Con respecto a los medios políticos utilizados, estos comenzaron desde el momento

[26] Art. 3. Carta Democrática de la OEA.

[27] Art. 4. Carta Democrática de la OEA.

[28] Art. 5. Carta Democrática de la OEA.

[29] Fuera del ámbito interamericano, el concepto de participación en proyectos de desarrollo goza de un desarrollo normativo y jurisprudencial más fuerte, concretamente en el caso de pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa dentro del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

[30] Art. 9.

[31] Títulos III, V y VI respectivamente.

mismo del golpe de Estado el 28 de junio del 2009.[32] La primera acción fue a través de una enérgica condena por medio de un comunicado de prensa, en el que se hacía referencia a la Carta Democrática Interamericana.[33] Pocos días después la Comisión IDH solicitó una visita *in loco* a los titulares de los poderes hondureñas que continuaban sin alteración después del golpe de Estado, la Suprema Corte de Justicia y el Congreso Nacional y de dicha visita produciría un informe especial.[34] En el 2010 la Comisión IDH realizó otro viaje a Honduras para realizar un seguimiento a su informe y de dicha visita preparó otro informe especial.[35]

Finalmente, por lo que respecta a la relación entre la Carta Democrática y el avance progresivo de los derechos político-electorales, de conformidad con el voto concurrente del Juez Garcia-Sayán en el *Caso Yatama,*[36] la Carta aporta dos elementos fundamentales para la interpretación del artículo 23.[37] La primera es que no sólo el acceso al poder está sujeto al Estado de Derecho, sino también el ejercicio del mismo, lo que permite superar una visión limitada al principio de legitimidad de origen del sistema interamericano, que se concentraba solamente en el momento adquisitivo del poder y no en la permanencia. El segundo elemento es la ya mencionada referencia, excluida específicamente en las negociaciones del artículo 23 del Pacto, de la importancia de los partidos y organizaciones políticas.

Señalado el *corpus iure* interamericano referente a derechos político-electorales, se analizará específicamente el contenido de los derechos político-electorales a la luz de la jurisprudencia interamericana, y que deberá ser tomado en consideración y aplicado por los operadores jurídicos nacionales, especialmente por los jueces en su papel de jueces interamericanos, como ha ido reiterando la Corte IDH en su doctrina sobre el control de convencionalidad, y que ha afinado a partir del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.*[38]

Sin embargo, hay que tomar en consideración que estamos ante un tema sofisticado porque es hasta una etapa reciente en que la Corte IDH ha comenzado a generar jurisprudencia al respecto, y este tejido fino se ha documentado en algunas sentencias que declaran la violación al artículo 23 de la CADH e inician con el *Caso Yatama vs Nicaragua*, de 2005,[39] el *leading case* en la materia, y que en realidad ha constituido la materia jurisprudencial primordial sobre este derecho en la Convención Americana;[40] de igual forma la profusión de casos resueltos recién entre 2009 y 2011: *Reverón Trujillo vs. Venezuela*,[41] *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*,[42] *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*,[43] y *López Mendoza vs. Venezuela*.[44] Otro Caso importante en la materia, aunque no se determinó la violación del artículo

---

[32] Para un listado de todas las medidas políticas tomadas por la Comisión IDH, María Milagros Noli, "Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras", Revista Internacional de Derechos Humanos, año. 1, no.1, 2001, pp. 219-239, disponible en: www.revistaidh.org

[33] Comisión IDH, Comunidado de prensa 49/09de 28 de junio de 2009, "CIDH condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras".

[34] Comisión IDH, Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 55, 30 diciembre de 2009, http://www.cidh.oas.org/countryrep/Hondu- ras09sp/Indice.htm

[35] "Observaciones Preliminares de la Comisión IDH sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 3 junio de 2010, http://www.cidh.org/ countryrep/Honduras10sp/Honduras10.Indice.htm

[36] Sobre *Caso Yatama vs Nicaragua*, véase también los comentarios al artículo 2 de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, así como el comentario al artículo 24 de Rodrigo Uprimmy Yepes y Luz María Sánchez Duque en esta misma obra.

[37] Voto Concurrente Juez Diego García Sayán en el *Caso Yatama, op. cit.*, párr. 23.

[38] Corte IDH, *Caso García y Montiel Flores vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, en especial el voto particular del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

[39] Cit. Supra nota 5.

[40] Véase por ejemplo su desarrollo por Amada Ubeda de Torres en: Bourgorgue – Larsen, Laurence and Ubeda de Torres, Amaya, The Inter – American Court of Human Rights. Case Law and Commentary, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 589 – 612.

[41] Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009.

[42] Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

[43] Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010.

[44] Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011.

23 de la CADH, es *Castañeda Gutman vs. México*, de 2008,[45] en el que se generó una jurisprudencia muy importante respecto al derecho al sufragio pasivo. En contraste, un Caso previo en que la CrIDH determinó la violación al artículo 23, ante una ejecución extrajudicial por razones de carácter político, pero que no construyó jurisprudencia ante el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado es el *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*.[46]

Estos casos documentan que la Corte IDH se encuentra en una segunda etapa de su función jurisdiccional, como ha señalado Sergio García Ramírez,[47] en donde se ha ido ampliando el abanico de derechos tutelados, lo que resultó complicado en su período incipiente sencillamente porque tuvo que hacer frente a violaciones más graves y sistemáticas, mayormente en el contexto de regímenes autoritarios; de esta manera, incluso el viraje hacia los derechos político–electorales en los casos que llegan al sistema, se debe a un contexto de transiciones a la democracia. En esta diversificación ulterior de derechos tutelados, García Ramírez señala a los de la personalidad jurídica, asociación, honra y dignidad, circulación y residencia, derechos políticos, suspensión de garantías, conciencia y religión, protección a la familia, nacionalidad, igualdad ante la ley.[48]

II. La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el artículo 23 de la CADH

1. Derecho a la participación política (derechos políticos lato sensu). Art. 23.1.a. (*Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala y Cepeda Vargas vs. Colombia*)

La primera disposición del artículo 23 señala la universalidad de participación en los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes debidamente elegidos. Antes de analizar la práctica de la Corte IDH respecto al derecho de participación política considerado de manera amplía, resulta obligado hacer una comparación con el artículo 25 del PIDCP. Como se señaló anteriormente, ambos instrumentos comparten elementos y una redacción muy similar. El artículo 23.1.a de la Convención Americana prácticamente es idéntico al artículo 25.a del PIDCP. Por ello es importante analizar la interpretación que ha realizado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre dicho artículo, en su Observación General No. 25.[49] Así, los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral y se mencionan casos en los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos.[50] Estos incluyen: la elección o modificación constitucional, referendos y otros procesos electorales. También menciona la Observación, el derecho de los ciudadanos a participar directamente en asambleas populares para adoptar decisiones sobre cuestiones locales o sobre los asuntos de determinada comunidad. La Observación General 25 por tanto obliga a los estados a aplicar el principio de no discriminación y de no imponer restricciones excesivas en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos.

[45] Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

[46] Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 noviembre de 2004.
En este Caso me parece que la CrIDH no terminó de valorar la necesidad de emitir su propia jurisprudencia; una reflexión que ha ido madurando consistentemente hacia la doctrina del control de convencionalidad. Algunos años después, en el Caso Kimel vs Argentina (Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008), en el que también se presentó el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la Corte Interamericana estimó que analizar los elementos de fondo contribuiría a “los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”., párr. 28, in fine.

[47] García Ramírez, Sergio, “Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac–Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?,* Tomo II, México, IIJ – UNAM/ Instituto Max – Plank/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 336.

[48] *Ibidem*., p. 337.

[49] Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom25.html

[50] Observación General No. 25, *ibid*em., párr. 6.

Ya en la órbita de la Corte IDH, los dos casos más representativos de violaciones al artículo 23.1.a de la CADH son el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* y el *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia.* Ambos casos implican una violación radical a los derechos políticos, ya que implican otras graves violaciones a los derechos humanos, en un caso la desaparición forzada y en otro el asesinato sistemático de miembros de una fuerza política colombiana. Si bien en ambos se limita también el acceso y permanencia a cargos públicas, estas graves y sistemáticas violaciones durante conflictos armados internos, representan también la cancelación de la participación política de grupos determinados.

El *Caso Chitay Nech* aborda una violación a los derechos políticos relacionados con la desaparición forzada de un dirigente político maya *Kaqchikel* guatemalteco, por lo que estamos ante un acto de enorme gravedad, no sólo por los efectos que trae sobre la víctima directa, sino por el carácter de amenaza que pesa sobre las desapariciones de líderes sociales y políticos. En este sentido, cabe señalar que el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional, específicamente ente la violación de los derechos políticos.[51] La razón por la que este caso es representativo de una violación a los derechos políticos en sentido amplío, es que el Señor Chitay Nech participaba en la política electoral, pero también era una líder comunitario independientemente de sus funciones públicas.

La desaparición del Señor Florencio Chitay Nech tuvo lugar en 1981, durante el gobierno militar de Romeo Lucas García, presidido bajo la doctrina de la seguridad nacional, en el que se desarrollo la noción del “enemigo interno”,[52] y ante un contexto especialmente álgido de conflicto armado. Entre 1980 y 1983, se cometieron diversos actos para debilitar el sistema de organización indígena, entre los que se incluyó la desaparición forzada de líderes,[53] como ocurrió con el Señor Chitay, quien se había desempeñado como Alcalde de San Martín Jilotepeque en sustitución del alcalde anterior, también desaparecido. La utilización del terror trataba de amedrentar a la comunidad, lo que estaba en sintonía con los señalamientos colectivos por parte de los órganos del Estado de calificar a ciertas comunidades indígenas como “guerrilleras”. De esta manera, la Corte IDH concluyó que el Señor Chitay fue desaparecido debido a que se le consideraba un “enemigo interno”, por sus actividades como líder cooperativista y dirigente político. [54]

En el caso, la Corte IDH desarrolló la *noción de desaparición forzada como forma de represión absoluta de los derechos políticos*. La desaparición de líderes indígenas formó parte del *modus operandi* de las fuerzas estatales y paramilitares que operaban en Guatemala durante el conflicto armando interno. De esta forma, la Corte Interamericana consideró que se presentaba una doble violación de los derechos políticos. Por un lado, la privación completa de su ejercicio individual, y por otro, la aniquilación de las estructuras políticas. Los representantes alegaron así, que se había violado el derecho de la comunidad indígena *Quimal de San Martín Jilotepeque* de una forma similar al de la *Comunidad Yatama*, al haberse afectado el derecho de participación política de la comunidad.[55] De esta forma, mediante la carga probatoria, la Corte IDH encontró que el móvil de la desaparición del Señor Chitay fue la desarticulación e la forma de representación política en función de preservar la Doctrina de Seguridad Nacional imperante en Guatemala.[56]

Asimismo, la Corte IDH entendió que la representación política es un prerrequisito para la realización de aspectos básicos de la inclusión de grupos en condiciones de desigualdad, así como para garantizar su autodeterminación y el desarrollo de los pueblos indígenas dentro de un Estado plural y democrático.[57]

Al igual que en el *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala,* el *Caso Cepeda Vargas* se refiere a una forma radical de violación de los derechos políticos, ahora mediante una ejecución extrajudicial. El Señor Manuel Cepeda Vargas realizaba actividades de liderazgo político en el partido Comunista

[51] Párr. 13.
[52] Párr. 64.
[53] Párr. 66.
[54] Párr. 3.
[55] Párr. 105.
[56] Párr. 108.
[57] Párr. 113.

Colombiano y de la Unión Patriótica.[58] Su ejecución también se enmarcó en un patrón sistemático de violencia en contra de miembros de dichos partidos, a través del denominado "plan golpe de gracia". Más grave aún es que el Señor Cepeda se desempeñaba como Senador y era el último representante de la Unión Popular electo mediante votación. De manera similar al Caso anteriormente comentado, el Estado llevo a cabo un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, en el que se incluía la violación alegada por la Comisión IDH de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la CADH.[59]

El reconocimiento parcial del Estado no se extendía a todas las violaciones alegadas, ya que se limitó a las perpetradas individualmente en contra de la víctima, negándose la existencia un patrón de ataque sistemático en contra de miembros y dirigentes de la Unión Patriótica,[60] más aun cuando ya la propia Corte Constitucional de Colombia se había pronunciado al señalar que la violencia contra esta organización política, "deja entrever evidentes síntomas de intolerancia política, ausencia de garantías electorales y exterminio sistematizado en contra de dirigentes y militantes de la Unión Patriótica".[61]

Otro aporte jurisprudencial de la sentencia en el *Caso Cepeda vs Colombia*, es como se relaciona el ejercicio de los derechos políticos, con las disposiciones de libertad de pensamiento y expresión (artículo 13) y de asociación (artículo 16) de la CADH. Los representantes de las víctimas estimaron que en el caso del Senador Cepeda estos tres derechos eran ejercidos de manera continua, simultánea e interrelacionada, y que la vulneración de los mismos representaba un ataque a los valores de un sistema democrático.[62] Sobre este punto, la Corte IDH siguió de cerca su decisión en el *Caso Castañeda Gutman vs.* México, en el sentido de la importancia que guardan los derechos políticos dentro del Sistema Interamericano por estar interrelacionados con el juego democrático.[63]

En este caso se introduce una noción que deriva de la interrelación del ejercicio de derechos políticos, de libertad de pensamiento y expresión y de asociación, que se refiere a la necesidad de la oposición política en las sociedades democráticas. La Corte IDH sostuvo que la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática, debe de ser garantizada por los Estados.[64] Sobre todo, en el presente caso se trataba de una de las formas más radicales de atentar en contra de los derechos políticos, mediante la eliminación del sujeto a través de la perpetración de una ejecución extrajudicial, con la finalidad impedir la militancia política tanto del Senador Cepeda como de otros miembros de la Unión Patriótica. En este tema la Corte Interamericana fue contundente al señalar que: "*la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático*".[65] Sin embargo, se negó a pronunciarse sobre la afectación que dicho asesinato tuvo en los militantes y votantes de la Unidad Patriótica de manera colectiva. Un matiz se establece en las reparaciones, sobre todo respecto al reconocimiento público de responsabilidad en el que la Corte IDH ordenó que en el mensaje del Presidente de la República se encontrara un miembro de la Unión Patriótica.[66]

[58] Párr. 2.
[59] Párr. 5.
[60] Párr. 19.
[61] Párr 80.
[62] Párr. 169.
[63] Párr. 170.
[64] Párr. 173.
[65] Párr. 177.
[66] Párr. 222.

2. Derecho al voto y derecho a la participación político-electoral en condiciones de igualdad y no discriminación (derechos políticos estricto sensu). Artículo 23.1.b. (*Caso Yatama vs. Nicaragua*)

El artículo 23.1.b establece el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Un primer caso que avanzó en la definición del sufragio pasivo fue el *Caso Yatama*. En este se señala que el derecho a ser elegido al regularse mediante ley, debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias. En dicho caso la distinción discriminatoria, consistió en impedir presencia electoral organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Esto se relaciona indudablemente con las restricciones establecidas en el art. 23.2. A partir de *Yatama,* la Corte IDH ha presentado a la igualdad como condición indispensable para el ejercicio de los derechos político-electorales, al tratarse además, de la conducción de las vidas de las personas a través de la actividad política, como apuntó en su momento el Juez García Ramírez.[67]

A grandes rasgos, el asunto se refiere a la violación de los derechos políticos–electorales de la organización indígena *Yatama*, a la que el Estado le impidió contender en las elecciones municipales de 2000, a través de candidatos elegidos de conformidad con sus propios usos y costumbres, omitiendo consideraciones particulares sobre la presencia de la comunidad indígena en los municipios vinculados a procesos electorales.[68] Los miembros de la comunidad indígena buscaban presentarse a puestos de carácter local, específicamente como candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales representados por el partido político regional indígena *Yapti Tasba Masraka Nanuh Asla Takanka* o *Yatama* (que significa "hijos de la madre tierra"), en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (la "RAAN" y la "RAAS") En este caso existe un marco de reconocimiento de la autonomía indígena en Nicaragua que fortalecía el argumento de la Comisión IDH respecto de la violación al artículo 2 de la CADH, debido a que el Estado no había previsto normas de carácter electoral para facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales en la RAAN, de acuerdo con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de dichos pueblos indígenas,[69] que además diferían considerablemente del proceso de elección de los candidatos en los partidos políticos, al construirse de forma comunitaria,[70] con base en asambleas integradas por las *Tawan Aslika* (asamblea de familias) y dirigida por la *Wihta Daknika* (Consejo Comunal).[71]

---

[67] Véase su voto particular, párr. 30.

[68] Una síntesis de la controversia, puede apreciarse en los párrs. 214, 221 y 223 de la sentencia: "[p]or otra parte, la Ley Electoral No. 331 de 2000 sólo permite la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos […] Esta forma de organización no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Se ha probado que Yatama logró obtener personalidad jurídica para participar como partido político en las elecciones municipales de noviembre de 2000, cumpliendo los requisitos correspondientes […] Sin embargo, los testigos Brooklyn Rivera Bryan y Jorge Teytom Fedrick, y la perito María Dolores Álvarez Arzate, enfatizaron que el requisito de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica". (párr. 214)

"El artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 dispone como requisito para participar en las elecciones municipales que los partidos políticos presenten candidatos al menos en el 80% de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80% del total de las candidaturas […] En este caso, el Consejo Supremo Electoral decidió no registrar a los candidatos propuestos por Yatama en la RAAS consideró que, al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con Yatama, éste último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción territorial". (párr. 221)

"Esta exigencia de la Ley Electoral de 2000 No. 331 constituye una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por Yatama para las elecciones municipales de noviembre de 2000. No se toma en cuenta que la población indígena y étnica es minoritaria en la RAAS, ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo".(párr. 223)

[69] Párr. 2.

[70] Peritaje antropológico de María Dolores Álvarez Arzate (párr. 111)

[71] Párr 124.

Es importante destacar que *Yatama* ya había participado bajo fórmulas permitidas en la legislación electoral anterior, concretamente como asociación de suscripción popular, figura que desapareció debido a una reforma a la Ley Electoral en el 2000. Dicha reforma pretendía privilegiar el monopolio de los partidos políticos que representan formas de participación política que no encajan con el concepto de “democracia comunitaria” de *Yatama*.

Ante este estado de cosas, la Corte IDH *señaló que el derecho al sufragio pasivo al regularse mediante ley, debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias, como ha sido impedir presencia electoral organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua.* Conclusión a que arriba a pesar de que el Estado había presentado excepciones preliminares en el sentido de que los requisitos incumplidos por *Yatama* se comprendían dentro de los parámetros del artículo 23.2 de la CADH, y por lo tanto, no habría violación alguna a la Convención Americana.

La situación que permitió que la Corte Interamericana observara la violación al artículo 23 de la CADH por vía del principio de igualdad como prohibición de discriminar, ha sido la exclusión injustificada de la *Comunidad Yatama* en las elecciones, ante el común denominador que ostentaba con los partidos políticos, esto es, ser entidades con una base importante de representación popular.[72]

El ejercicio del derecho al sufragio pasivo encuentra una limitación importante ante el derecho de la ciudadanía a la representación y lo condiciona desde luego; los Estados democráticos tienen este principio como sustento del acceso al poder, en donde cobra particular relevancia la figura de los partidos políticos como instituciones que posibilitan la representación nacional. Como ha advertido la propia Corte Interamericana:

> Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa.[73]

Estamos ante la tensión siempre presente entre el ejercicio de derechos individuales y su defensa constitucional, y, por otro lado, la necesidad de fortalecer las instituciones de la democracia participativa.[74]

El Estado, al estimar que la *Comunidad Yatama* no acreditaba la base representativa específica de los partidos políticos, hizo nugatorio el derecho de sus miembros al sufragio pasivo. La Corte IDH, por su parte, consideró que esta situación legal constituía un “límite innecesario”, agravado además ante la situación de vulnerabilidad y marginalidad que han enfrentado esas comunidades,[75] y que sin duda, la base representativa propia de las comunidades indígenas correspondía a su forma de organización particular.

Para fortalecer esta ruta argumentativa que permitiera abonar a que la representación popular obtenida por la *Comunidad Yatama*, era suficiente para ejercer su participación en los comicios, sin necesidad de que se ajustara a lo previsto por ley en relación con los partidos políticos, la Corte IDH se ha referido inicialmente a atender el propio elenco taxativo de condiciones de regulación previsto en la disposición;[76]

---

[72] Esta situación quedó evidenciada en el testimonio del representante de Yatama, Señor Centuriano Knight, al señalar que exclusión de este colectivo de las elecciones, implicaba excluir a las comunidades RAAN y RAAS de la representación popular, al tener la primera un ochenta por ciento de indígenas en su población, veinte por ciento la segunda, y al sumar los indígenas un quince por ciento de la población total de Nicaragua. Párr. 110.

[73] Párr. 206.

[74] Un estudio a profundidad sobre esta temática, especialmente sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia en Salazar, Pedro, La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México, Fondo de cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

[75] Como lo ha expresado la propia Corte IDH en el párr. 202: ”Al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad…”

[76] “De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a los que

condiciones en las que no encuadraban las que había opuesto el Estado para restringir la participación de la *Comunidad Yatama*, no teniendo justificación alguna, por lo que la Corte Interamericana consideró que se trataba de una exclusión discriminatoria.

Posteriormente, recurrió a los criterios que marcaron el análisis de fondo, y que son primordiales en la resolución de casos sobre derechos humanos por parte de las cortes internacionales:

a) Criterio consensual.- es el criterio de apreciación mediante el cual el tribunal internacional acude a las figuras de derecho interno para la aplicación de los tratados; al marco normativo doméstico, especialmente de tipo constitucional, de tal suerte que atenderá al contexto de esta legislación para verificar la amplitud o restricción de determinado derecho.[77]

Lo anterior ha quedado claramente expresado en el párr. 205:

> De conformidad con lo establecido en el artículo 29.b) de la Convención Americana, la Corte considera que para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, como lo son las presuntas víctimas en este caso, Nicaragua debe tomar en cuenta la protección específica establecida en los artículos 5, 49, 89 y 180 de la Constitución Política y en el artículo 11.7 del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica.[78]

b) Criterio de interpretación *pro persona*.- las normas sobre derechos humanos se consideran como un conjunto de estándares mínimos que generan sistemas normativos de reenvíos hacia otros ordenamientos con los que se integran en la medida que se amplía su cobertura a favor de las personas; es el sentido de la integración en un "bloque de constitucionalidad", y del "principio de interpretación conforme", que han sido asumidos por una buena parte de las constituciones de la región,[79] y el criterio que, en función de estos diseños normativos, permite determinar la norma prevalente en caso de antinomias. Las cláusulas que posibilitan este reconocimiento se han establecido en las cartas fundamentales sobre derechos humanos –tratados internacionales o constituciones– y en el caso concreto implicaría que la CADH remite a los ordenamientos nacionales si encuentra fundamento protector en ellos, como establece el criterio interpretativo del artículo 29.b)[80] y da cuenta también el citado párr. 205.

La exclusión de los candidatos presentados por la organización *Yatama* a las elecciones para alcaldes, vicealcaldes y concejales en los comicios de 2000 en Nicaragua no acreditó los requisitos para una distinción que se mantuviera en los parámetros de las condiciones de igualdad, sino que incurrió en discriminación, a juicio de la Corte Interamericana. De esta forma, reiterando su jurisprudencia constante con respecto a las restricciones permisibles a los derechos humanos mediante reglamentación, señaló que ésta debe atender a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad,[81] como lo ha venido desarrollando desde el inicio de su trabajo jurisprudencial. La Corte IDH encontró de inicio que no se acreditó la necesidad de la medida, sino que por el contrario, simplemente se restringió indebidamente el derecho a ser elegido a cargos de elección popular.[82]

---

se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso" (Párr. 206)

[77] Véase Caballero Ochoa, José Luis, La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en España y México, México, Porrua, 2009, p. 214.

[78] Párr. 205.

[79] Por ejemplo, Colombia (artículo 93), Venezuela (artículo 23), Bolivia (artículo 13.4), República Dominicana (artículo 74.3), Haití (artículo 19), Ecuador (artículo 417), Argentina (artículo 75.22), Perú (artículo 3), Brasil (artículo 5.LXXVII.2), México (artículo 1, párrs. primero y segundo).

[80] "Artículo 29. Normas de interpretación.
Ninguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de cualquiera otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;…"

[81] Véase párr. 206.

[82] "La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (…) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos

Además, la Corte Interamericana en este Caso ha ido más lejos porque señaló que ante la exclusión de *Yatama* en las elecciones sin una justificación objetiva y razonable, estaba de por medio también la contravención al artículo 24, sobre el derecho a la igualdad frente a la ley,[83] y que la vulneración de ambos dispositivos –23 y 24– de la CADH,[84] constituían una violación al principio de igualdad como prohibición de discriminar, categoría que "ha ingresado en el dominio del *ius cogens*", como lo ha señalado a partir de la jurisprudencia dictada en la Opinión Consultiva OC - 18/03 de 17 de septiembre de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Así, la jurisprudencia emitida en *Yatama* ha servido para determinar el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 23.1 de la CADH en condiciones de igualdad, y ha servido para documentar la construcción de casos nacionales aplicando el control de convencionalidad.[85]

De esta forma, el Caso se ha conducido más allá del ámbito de los derechos políticos para situarlo en el terreno de la igualdad. La Corte Interamericana entendió que las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua enfrentaban una situación de marginalidad y vulnerabilidad que hacía indispensable que el Estado tomara medidas específicas para su completo acceso a la participación en procesos electorales[86] En este sentido, es importante observar cómo los representantes de las víctimas argumentaron que la falta de representación política tuvo efectos directos en las decisiones que tomaron las posteriores autoridades municipales en lo referente al uso y manejo de recursos.[87]

Sobre este aspecto es esclarecedor el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, quien resaltó la necesidad de superar una mera igualdad formal, que deja intacta o sólo disimula la discriminación. El concepto que ha tratado de desarrollar en su voto es el de una igualdad que supere la simulación de lo que ha definido como declaraciones de igualdad inexistentes e inaplicables,[88] siendo necesario "crear una circunstancia" para que sea posible alcanzar los objetivos que persiguen los derechos humanos en el terreno político.[89]

3. Acceso y permanencia en condiciones de igualdad a los cargos políticos. Artículo 23.1.c. (*Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*)

Este caso aborda la destitución arbitraria de la Juez María Cristina Reverón Trujillo en octubre de 2004 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Si bien, la Comisión IDH no incluyó dentro de los artículos que consideraba violados de la CADH al artículo 23,

en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama". (Párr 218)

83 "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"

84 "Como ha señalado el resolutivo cuatro: "[e]l Estado violó los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma…"

85 En México, en el Juicio para la Protección de los Derechos Político – Electorales del Ciudadano SUP – JDC – 695/2007, resuelto el 6 de julio de 2007, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, resolvió revocar la sentencia emitida por el organismo electoral del Estado de Baja California, que hizo nugatorio el derecho del demandante para contender por la gubernatura de esa entidad federativa. A juicio de la Sala Superior, se aplicaron disposiciones legales restrictivas; que no encontraban justificación objetiva y razonable, y por tanto eran discriminatorias, contrarias a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, como lo había señalado precisamente en el Caso Yatama vs Nicaragua. Una reflexión sobre este Caso en: Caballero Ochoa, José Luis Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Comentarios a la Sentencia SUP–JDC – 695/2007 del TEPJF, Número 3 de la serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

86 Véase párr. 201 y 202.

87 Párr. 179.

88 Párr. 27.

89 Párr. 31.

los representantes solicitaron su inclusión,[90] alegando su violación en virtud de que la Señora Reverón fue tratada de manera desigual frente a su derecho a ingresar y permanecer en funciones públicas, en este caso al negársele participar en el proceso en que podría haber adquirido el carácter de jueza titular.[91] Siguiendo su jurisprudencia en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH reiteró que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, implica también el acceso directo a la participación en las funciones públicas, refrendando así su criterio de que los Estados deben de generar condiciones e implementar mecanismos para que los derechos políticos se ejerzan de manera efectiva, con respeto al principio de igualdad y no discriminación.[92] Dado que el presente Caso se refiere al cese de una funcionaria, el Estado en su momento alegó que la protección del artículo 23.1.C no se extendía a la permanencia en el servicio público. Sin embargo, la Corte IDH, siguiendo al *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*[93] señaló que el derecho se extiende a la permanencia, ya que sólo garantizar el acceso sería insuficiente. En este mismo tenor, la Corte Interamericana estimó que la diferencia de trato entre jueces titulares y provisionales no respondía a un criterio de razonabilidad, y por tanto, se había violado el artículo 23.1.C de la CADH en relación con las obligaciones de respeto y garantía del artículo 1.1 del mismo instrumento.[94]

4. Las calidades de los sujetos en la protección de los derechos políticos. El margen de apreciación nacional.(*Casos Yatama vs. Nicaragua, Castañeda Gutman vs. México y López Mendoza vs. Venezuela*)

Es importante señalar que en un análisis minucioso de estos derechos por vía jurisdiccional en el sistema interamericano, los *Casos Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. México*, representan una reivindicación desde sujetos que no encuadran en el tradicional sistema de representación electoral. En el primer caso, las comunidades indígenas como entidades de participación política no partidista, y en el segundo, como un candidato independiente buscando espacios en el terreno de la contienda electoral monopolizado por los partidos políticos, aunque, desde luego, a diferencia del primero, *"sin representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones…",*[95] como lo consideró la Corte IDH en su momento. En este sentido, ambos casos han buscado abrir espacios a nuevos actores dentro de un panorama dominado por los partidos como única vía de acceso al poder, aunque en los últimos años existe una tendencia de mayor apertura, ante la brecha de representatividad entre aquellos y la sociedad civil.

El *Caso Castañeda Gutman vs México* ha sido un foco rojo, ya que evidencia la dificultad para ampliar distintas formas de ejercicio del sufragio pasivo, mediante excepciones a la normativa interna que no se han considerado discriminatorias para efectos de la Convención Americana. Se trataría de una colisión entre los derechos contenidos en el artículo 9 (derecho de asociación) y el 35, fracción II (derecho al sufragio) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; esto es, si el derecho al voto pasivo requiere necesariamente la dimensión asociativa, como se desprende de la legislación en la materia, concretamente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (de la noramtiva interna mexicana) que señalaba en su artículo 176, párr. 1 (actualmente artículo 218.1), que "*corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular*".

Ahora bien, la Corte IDH realizó una construcción jurisprudencial abundante del tema,[96] porque además de abordar el punto fundamental de la acción en vía de recursos internos, fue invocada por

[90] Párr. 4.
[91] Párr. 131.
[92] Párr. 139.
[93] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y Otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párr. 206.
[94] Párr. 141.
[95] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México,* párr. 172.
[96] Párrs 134 – 205.

los representantes en ejercicio de *locus standi*[97] El punto fundamental era que la prohibición de las candidaturas independientes en el sistema jurídico mexicano, efectivamente contravenía el artículo 23 de la CADH, al prever un tipo de limitación no contemplado en el tratado.

El artículo 23.2 de la CADH ha establecido una serie de condiciones taxativas para la regulación de los derechos políticos, que no admitirían una consideración ulterior por vía de interpretación, al tratarse de una regla y no de un principio –como acontece también con el artículo 13.2, relativo a la prohibición de censura–[98] lo que se hizo valer enfáticamente por los representantes.[99]

Sin embargo, la argumentación de la Corte IDH siguió otra ruta. Estimando que el artículo 23 de la CADH "debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica",[100] y que el párr. relativo a las causales de regulación tiene como fin evitar la discriminación,[101] realizó el test de condiciones y requisitos para regular y restringir los derechos en la CADH según su propia jurisprudencia:[102] a) legalidad de la medida restrictiva; b) finalidad de la medida restrictiva; c) necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva.

La conclusión de la Corte Interamericana, además de que las causales taxativas de regulación pueden permitir ampliaciones compatibles con la CADH, ha sido que los modelos electorales que permiten o prohíben las candidaturas independientes, no vulneran la CADH siempre y cuando se garantice *"el derecho y oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad"*.[103]

Nos encontramos sin lugar a duda frente a la figura del margen de apreciación nacional, que la Corte IDH ha sido reticente a aceptar en su desarrollo jurisprudencial, pero que vemos con toda claridad en esta resolución. A través de este principio, se permite que el Estado establezca sus propios criterios de actuación respecto a temas no muy desarrollados aún por el derecho común inherente a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos.[104]

De esta suerte, empleando este principio, para la Corte IDH un sistema que prohíbe, o que permite las candidaturas sin vinculación a partido político alguno, puede ser compatible con la CADH. En palabras de la propia Corte Interamericana:

> Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. La

---

[97] Párrs 135 - 136.

[98] "El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a.- el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o, b.- la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

[99] Los representantes alegaron que "[e]l marco jurídico mexicano, al exigir como requisito indispensable para que una persona pueda participar en una contienda electoral en que la postulación sea presentada exclusivamente por un partido político, es violatoria del segundo párr. del artículo 23 de la Convención, el cual, establece que la ley puede reglamentar los derechos políticos exclusivamente por las razones allí previstas. Dichas restricciones son taxativas, no enunciativas, por lo que el derecho interno no puede incluir otras no previstas expresamente en dicha norma, dado que dicho precepto utiliza la palabra ´exclusivamente'. " (Párr. 151)

[100] Párr. 153.

[101] Párr. 155.

[102] De conformidad con los criterios marcados particularmente a partir de la Opinión Consultiva OC – 5/85, del 13 de noviembre de 1985. Sobre la colegiación obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

[103] Párr. 201, in fine.

[104] Así lo aprecian Eduardo Ferrer y Fernando Silva con respecto a este caso: "[l]a Corte Interamericana ha desestimado el planteamiento de violación a los derechos de participación democrática al dar a entender que las candidaturas independientes todavía no constituyen un derecho fundamental dimanante de aquéllos, de manera que los Estados miembros cuentan con un margen de apreciación para establecerlas o no dentro del sistema jurídico nacional", El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Porrua/IIJ – UNAM, 2009, pp. 44 -45. En relación al margen de apreciación nacional véase también el comentario al artículo 14 sobre el derecho de rectificación o respuesta, a cargo de Néstor Pedro Sagüés, el cual forma parte de esta obra.

> Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente, de cómo se regulen los aspectos mencionados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos. (Párr. 200)
>
> Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. (Párr. 204)

No obstante, cuando un tratado internacional establece una regla dura prescriptiva y no un principio, los márgenes de interpretación y de ponderación se reducen, como ocurre con las cláusulas de prohibición de discriminar. Estamos ante una cuestión compleja y que no ha sido aceptada pacíficamente. La Corte IDH no ha podido operar plausiblemente entorno a los estrechos márgenes que le ha dejado la CADH, más aún si consideramos que en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* acudió a las limitaciones taxativas de la disposición precisamente para argumentar sobre la discriminación del colectivo indígena.

La Corte IDH señaló en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* que las condiciones para limitar el ejercicio de los derechos políticos por vía de regulación son necesariamente las contempladas en el artículo 23.2 de la CADH[105] por lo que no fue posible establecer que la pertenencia a un partido político constituyera un *requisito sine qua non* para acceder a las contiendas electorales. Sin embargo, no pudo sostener lo mismo en el *Caso Castañeda Gutman vs.* México, en el que, a pesar de que la controversia se resolvió por vía de declarar la vulneración del artículo 25 de la CADH, la Corte IDH no determinó una condena contra el Estado mexicano por violación al artículo 23 de la CADH[106] Precisamente dbido a que la asociación en un partido no es condición taxativa de regulación, lo que fue el origen de la *litis* sigue presente.

El tema ha sido controvertido y ha llevado a cuestionar no sólo el elenco de causales previstas en el tratado, sino su interpretación,[107] ya que el punto es que se incorporó al instrumento una regla dura en el ordenamiento –las limitaciones son *exclusivamente* por ciertas causales– con pocas posibilidades de permitir ejercicios de ponderación como ocurre en el caso de la mayoría de las normas sobre derechos humanos, en cuanto principios.

No obstante, el llamado *Caso Castañeda* ha develado la necesidad de incluir el acceso a la justicia como condición indispensable para el ejercicio de los derechos políticos. Si el *Caso Yatama vs. Nicaragua* evidenció que estos derechos deben ser ejercidos en condiciones de igualdad, en el primero la Corte Interamericana precisó que también en condiciones de plena justicia.

Si bien es cierto, no hubo una condena por violaciones al artículo 23 de la CADH, al estimar la Corte IDH que la prohibición de candidaturas independientes no constituía una violación a esa disposición, si desarrolló las condiciones del derecho de acceso a un recurso judicial efectivo para dotar de contenido las condiciones de ejercicio de los derechos políticos de cara a este derecho previsto en el artículo 25 de la CADH.[108] De esta forma, la Corte IDH consideró que la falta de un recurso para que el demandante

[105] Como ha precisado en el párr. 206: “[d]e acuerdo con el artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso”.

[106] Sobre el *Caso Castañeda Gutman vs. México* y el acceso a la justicia, véase también el comentario al artículo 25, de Juana María Ibáñez Rivas, el cual forma parte de esta obra.

[107] Por ejemplo Amaya Ubeda de Torres ha señalado: “Adicionalmente, no sólo es la lista de restricciones al derecho al voto bajo el artículo 23 (2) exhaustiva, pero también se le ha dado una interpretación limitada por los órganos del sistema interamericano. A pesar de que los criterios de lenguaje, nacionalidad, edad, y educación no han sido controvertidos, [el criterio de] nacionalidad ha traido dificultades debido a que con frecuencia es empleado para limitar de forma arbitraria el derecho al voto”. Úbeda de Torres, Amaya, “Chapter 23. Political Rights”, Bourgorgue – Larsen, Laurence and Ubeda de Torres, Amaya, The Inter – American Court of Human Rights*… op. cit*., p. 597.(Traducción libre)

[108] En México se ha publicado una importante reflexión académica en torno a este caso. Véase, por ejemplo: Ferrer

pudiese cuestionar, no solamente el acto de autoridad administrativa que le había impedido contender como candidato independiente por la Presidencia de la República en México, sino la constitucionalidad de la norma secundaria, en este caso, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en que se basó dicho acto, constituía una violación, al incumplirse dos condiciones indispensables para la efectividad de un recurso judicial: el acceso al mismo; y, que el tribunal competente para resolver tuviese las facultades necesarias para la restitución de la víctima en el goce de sus derechos.[109]

La narrativa del Caso en sede interna da cuenta de la tortuosidad que en México enfrentaba la justiciabilidad de los derechos políticos. Se trata del amparo en revisión 743/2005 promovido por Jorge Castañeda Gutman ante la imposibilidad legal de contender como candidato independiente a la Presidencia de la República para los comicios del 2 de julio de 2006, y que fue sobreseído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La acción se dirigía a combatir la posible inconstitucionalidad de la legislación electoral, así como los actos derivados de su aplicación. A pesar de la trascendencia del asunto, *la Suprema Corte no entró al fondo del asunto, en pocas palabras, porque los derechos políticos no alcanzaban en nuestro país la categoría de garantías individuales y no podían ser tutelados por vía de amparo.* Además, en este mismo sentido, fue consecuente también con la imposibilidad de que este juicio se constituyera como vía idónea para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes electorales, para lo cual debe acudirse a la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105, fracción II, recurso en el que los particulares no cuentan con legitimación activa, sino únicamente los órganos de poder público. El problema se complicaba en ese entonces porque, si el particular accedía al medio que se supone idóneo para la defensa de los derechos políticos, esto es, el Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano, de cualquier forma no podía impugnar la inconstitucionalidad de una ley en la materia, toda vez que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no era competente para este tipo de control.

De esta manera, un entramado normativo y jurisprudencial se había construido para hacer nugatoria la posibilidad de promover un recurso para contrastar la norma secundaria posiblemente violatoria del derecho al sufragio pasivo –el COFIPE– con la Constitución mexicana. Por un lado, el juicio de amparo, instrumento para la protección de los derechos humanos, y mecanismo idóneo para obtener una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, fue sobreseído, tanto ante el juzgado de distrito como en su revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación al estimarse que las leyes electorales no podían impugnarse por este medio, sino por las vías conducentes en la jurisdicción electoral, sin que ésta pudiera pronunciarse en temas de constitucionalidad.[110] Se evidenció así una trampa a la justicia

Mac – Gregor, Eduardo y Silva, Fernando, El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Becerra Ramírez, Manuel (Director), Anuario Mexicano de Derecho Internacional, IX, México, IIJ – UNAM, 2009; Pelayo Möller, Carlos María, Vázquez Camacho, Santiago, “El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Becerra Ramírez, Manuel (Director), Anuario Mexicano de Derecho Internacional, IX, México, IIJ – UNAM, 2009.

[109] Párr. 103 ss.

[110] Por ejemplo, la tesis P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, que señala: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. De lo dispuesto en los artículos 99 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado, que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y es el órgano especializado en el Poder Judicial de la Federación, cuya competencia es la de garantizar la especialización, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos, y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y, por otro, que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde en forma exclusiva conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral sólo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral

que la Corte IDH hizo patente desautorizando este sentido de la jurisprudencia constitucional emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[111]

El caso también es aleccionador porque documenta lo que sucede ante medidas cautelares que no se han cumplido;[112] o bien, cuando se está ante recursos que pretendidamente no han sido agotados, simplemente porque no hay la forma de acceder a ellos, como se hizo valer en la tercera excepción preliminar, resuelta en el fondo.[113]

5. Inhabilitaciones y derechos políticos (*Caso López Mendoza vs. Venezuela*)

El caso en cuestión trata sobre la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por vía administrativa del Señor López Mendoza y su subsecuente participación en las elecciones regionales del año 2008.[114] Las víctimas también ampliaron las violaciones en lo que se refiere al artículo 23 de la CADH, para incluir el derecho a ser elegido por voto secreto que garantizara la libre expresión de la voluntad de los electores, y la no limitación de los derechos políticos más que por sentencia definitiva emitida por juez competente y bajo las reglas del debido proceso.[115] Leopoldo López Mendoza se desempeño como Alcalde del Municipio de Chacao, del 2000 a 2008 periodo en el que ganó dos elecciones.[116] Posteriormente buscó postularse para la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas; sin embargo, pendían sobre de él dos sanciones de inhabilitación impuestas por la Contraloría, una por su participación en la empresa estatal Petróleos de Venezuela S.A. y otra por su labor como alcalde.[117]

A diferencia del resto de los casos analizados, el centro de la disputa recae sobre las restricciones a postularse a cargos públicos debido a la inhabilitación de la Contraloría y sin la condena firme de un juez penal competente de conformidad con el artículo 23.2 de la Convención Americana, lo que significó, según la Comisión Interamericana, una restricción al derecho al sufragio pasivo.[118] El hecho de que la inhabilitación proviniese de la Contraloría, órgano administrativo y no judicial y menos de carácter jurisdiccional penal, fue uno de los argumentos centrales esgrimidos tanto por la Comisión IDH como por los representantes de las víctimas.[119] Como resume de manera muy acertada la Corte IDH, en este caso estamos ante una restricción de los derechos políticos contenidos en el artículo 23.1 (sufragio pasivo concretamente), sin tomar en cuenta los requisitos del artículo 23.2.[120] Por tanto, estamos ante una interpretación integrada de la disposición. El voto concurrente razonado del Juez García Sayán, se desmarcó de la apreciación taxativa del artículo 23.2 al señalar que la referencia a un juez penal no es taxativa y que otros órganos, entre ellos menciona específicamente a la justicia electoral, pueden establecer restricciones a los derechos políticos de conformidad con la Convención Americana,[121] lo que se señaló también en el *Caso Castañeda Gutman vs. México*, al precisar que el sistema electoral del Estado puede restringir los derechos políticos y ser también compatible con la CADH.

con el propio Ordenamiento Supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde.

Contradicción de tesis 2/2000 – PL. Entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

[111] Como lo aprecian Ferrer y Silva, *op. cit.,* p. XXI.

[112] Cuarta excepción preliminar. Párr. 37 ss.

[113] Párr 77 – 133.

[114] Párr. 2.

[115] Párr. 5.

[116] Párr. 30.

[117] *Ibid.*

[118] Párr. 95.

[119] Parrs. 101-102.

[120] Párr. 105.

[121] Párr. 16.

Debido a que la Corte IDH señaló que se vulneraron los derechos políticos del Señor Leopoldo López Mendoza, dentro de las reparaciones se incluía su rehabilitación política y por tanto que se garantizara la posibilidad de que participe en los próximos comicios electorales.[122]

III. Cuestiones conflictivas de derechos políticos-electorales sobre las que podría pronunciarse el SIDH

1. Suspensión de derechos políticos y las personas privadas de la libertad

La suspensión de los derechos políticos se encuentra contemplada en varias de las constituciones de los Estados Americanos.[123] También tal restricción se encuentra en sintonía con la posibilidad de restricción temporal de ciertos derechos a las personas privadas de la libertad, de conformidad con el Principio VIII sobre derechos y restricciones de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas.[124] No obstante, la extensión en que las restricciones ya sean administrativas o judiciales, derivadas de procesos penales o de otro tipo de inhabilitaciones políticas son compatibles con la Convención, es un terreno aún no definido del todo. Un dato es que Uruguay realizó una reserva al artículo 23 respecto a las personas privadas de la libertad:

> El artículo 80, numeral 2 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende "por condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaria.

Esta limitación difiere de la establecida por el artículo 23.2. la Convención, al referirse a condena, por juez competente, en proceso penal. Aquí aparecen varios problemas, siendo el primero de ellos definir si la suspensión de derechos políticos a personas sujetas a proceso en compatible con la Convención. En principio, el artículo 23.2 se refiere a condena, de ahí la reserva de Uruguay y también a un proceso de tipo penal y no administrativo. A estos requisitos habría que añadirles los de debido proceso establecidos principalmente en los artículos 8,9,24 y 25 de la Convención. Resulta fundamental el principio de presunción de inocencia del artículo 8.2 y de su lectura conjunta con el 23.2 se puede concluir que el estándar marcado por la Convención es que se requiere una sentencia condenatoria, emanada de un juez penal competente, con el cumplimiento de las garantías de debido proceso, para efectos de suspender los derecho político-electorales. Si bien hasta ahora la Corte IDH no se ha pronunciado al respecto, existen casos nacionales interesantes, como el del desafuero de uno de los principales contendientes a las elecciones del 2006 en México, Andrés Manuel López Obrador, por encontrarse sujeto a un proceso penal pendiente de fallo judicial.[125] Si bien dicho proceso no llegó a sentencia, debido a la gran presión social articulada por miles de ciudadanos mexicanos que se lanzaron a las calles para manifestarse en

---

[122] Párr. 217.

[123] En la Constitución Venezolana se prevé la interdicción civil o inhabilitación política, tanto para ejercer el voto (art. 64), como para optar por un cargo de elección popular, cuando dichas personas hayan sido condenadas por delitos durante el ejercicio de sus funciones o cuando afecten el patrimonio público (art. 65). De la misma manera, la Constitución Peruana de 1993 toma como casos de suspensión de ciudadanía por: resolución judicial de interdicción, sentencia privativa de la libertad o por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos (art. 33). Por lo que respecta a la Constitución de El Salvador de 1983, existen dos supuestos en los que se limitan los derechos políticos: la suspensión (art. 74) y la pérdida (at. 75). La suspensión opera cuando exista auto de formal prisión, enajenación mental, interdicción judicial o cuando la persona se niegue a desempeñar, sin causa justificada, un cargo público. La pérdida de los derechos deriva de conducta notoriamente viciada, condena por delito, de la compra y venta de votos en las elecciones, la suscripción de actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República o los funcionarios, autoridades y agentes que coarten la libertad de sufragio. En el caso de pérdida de derechos político-electorales, estos se pueden recuperar por vía de rehabilitación suscrita por la autoridad competente.

[124] Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su 131º período ordinario de sesiones celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

[125] Al respecto, vid., Jaime Cárdenas Gracia, "Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel Lopéz Obrador", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no. 116, 2006, pp. 371-403. Tal caso subrayó los problemas de la aplicación del artículo 38 fracción II en el que se suspenden los derechos o prerrogativas de los ciudadanos, cuando se encuentren sujetos a procesos criminales por delitos que merezcan pena corporal, desde el auto de formal prisión.

contra del desafuero, el uso incorrecto del procedimiento de juicio de procedencia y sobre todo el tema de la suspensión de derechos políticos aparecían en como centro de las discusiones jurídicas y políticas. Para analistas como Jaime Cárdenas, la interpretación del artículo 38.II según la cual se suspenden los derechos políticos de un ciudadano o una ciudadana mexicana antes de dictarse sentencia definitiva que amerite pena privativa de libertad, supone una violación tanto al artículo 23 de la Convención Americana, como al artículo 25 del PIDCP.[126]

Además de las personas privadas de la libertad, algunas constituciones de los Estados parte de la Convención, prevén otras limitaciones subjetivas como los derechos políticos de los ministros de culto, o también a miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional.[127] Queda por verse si todas estas limitaciones subjetivas son compatibles con el artículo 23 de la Convención.

2. Derechos políticos, personas en condiciones especiales de protección y acciones afirmativas

Una creciente utilización de acciones positivas para incluir a grupos históricamente relegados en el ejercicio de sus derechos político-electorales, ha sido motivo de polémica tanto desde la teoría como en los congresos y ante los tribunales de los Estados miembros. El caso más claro es el de las cuotas de género y participación político-electoral de las mujeres. Los derechos de las mujeres, han sido robustecidos en el sistema interamericano a partir del *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú*[128] En éste por primera vez la Corte IDH aplicó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Posteriormente, y en fechas más recientes, tres casos en relación con México han desarrollado la jurisprudencia en el tema: *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*;[129] *Caso Fernández Ortega y Otros*;[130] *Caso Rosendo Cantú y Otra*. [131] También de forma incipiente se empieza a desarrollar la defensa jurisdiccional ante discriminación por orientación sexual en el *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile*.[132]

Ya en el caso específico de los derechos político-electorales, la obligación de establecer esquemas de ampliación de la participación política de las mujeres se contempla específicamente en un instrumento Convencional Interamericano, la Convención de Belém do Pará. Esta se refiere a los derechos político-electorales dentro de los derechos listados en su artículo 4. Específicamente se incluye el derecho a tener acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.[133] Si bien, dichos derechos se encuentran fuera de los incluidos como tutelables ante el sistema interamericano en el artículo 7, esta Convención también se refiere a la obligación de los Estados de ofrecer a las mujeres que han sufrido violencia, programas de rehabilitación y capacitación que les permita participar plenamente en la vida pública, privada y social, lo cuál puede incluir la participación política.[134] La obligación de los estados de promover el acceso a espacios políticos a las mujeres, no es tan clara en la Convención de Belém do Pará y habría que recurrir a las disposiciones

[126] *Ibid*em, pp. 397-398.

[127] Es el caso de la Constitución del Perú, (art. 34) que si bien permite el voto y a la participación ciudadana a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, les prohíbe postularse a cargos de elección popular, participar en actividades partidarias o manifestaciones, no realizar actos de proselitismo mientras se encuentren en activo. Este artículo fue reformado por Ley Nº 28480 de 20 de marzo de 2005 para matizar la prohibición total de participación política de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, incluyendo el voto. Sin embargo, antes de la reforma como actualmente, tales sujetos podían participar políticamente si se encontraban en situación de retiro. En el caso de la Constitución de Ecuador, también ese restringe el voto a los miembros de la fuerza pública en servicio activo (Art. 27).

[128] Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

[129] Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

[130] Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

[131] Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

[132] Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

[133] Art. 4.j.

[134] Art. 8.f.

de la Convención de Naciones Unidas para la eliminación en contra de la mujeres y su Comité vía la Recomendación General No. 23 sobre vida política y pública.[135]

La situación cambia considerablemente en los ordenamientos jurídicos de origen nacional en los estados americanos. En ellos se han constitucionalizado o legalizado las acciones positivas tendientes a fomentar la participación de las mujeres en la política. Los Estados, no solo latinoamericanos han optado por una formula tripartita que involucra las cuotas de género para efectos de ampliar la participación política de las mujeres:[136] la reserva de un número determinado de curules, cuotas partidistas y cuotas legislativas. Esta última opción es la que predomina en América Latina.

Un caso particularmente interesante es el de Argentina.[137] Lo interesante es no solamente el reconocimiento constitucional de las acciones positivas en materia de igualdad de género en el marco político-electoral, sino que también dichas acciones se extienden más allá de la elección de mujeres a cargos de elección popular, sino también a la vida interna de los partidos políticos. En este caso se combinan tanto la opción por las cuotas partidistas como las cuotas legislativas, de tal manera abarcando el acceso a cargos públicos por parte de las mujeres de manera integral, desde el partido y hasta las elecciones parlamentarias.

En el caso de México, la legislación electoral por medio del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ha comenzado progresivamente a incorporar un sistema de cuotas. Si bien el sistema ya tiene más de una década, al comenzar en 1996, es en el 2002 en que se establece una cuota máxima del setenta por ciento de candidatos de elección directa y una fórmula para aquellos de representación proporcional.[138] Actualmente y desde 2007, el sistema de cuotas se ha incrementado a que el máximo de sesenta de las candidaturas serán integradas por personas del mismo género, obligando a que el cuarenta restantes sean del otro, sin distinguir alguno en específico.[139] Un problema que se ha mantenido desde el 2002, es que se excluyen de dichas cuotas, aquellas candidaturas resultados de un proceso de elección democrático, de conformidad a los estatutos cada partido.[140] Esta excepción se presentaba como el talón de Aquiles de las reformas y ha sido interpretado derivado de procesos de impugnación ante los órganos electorales mexicanos. Concretamente el Consejo General del Instituto Federal Electoral el 7 de octubre del 2011 y sostuvo que se podrían presentar 180 candidatos o candidatas a la Cámara de Diputados (de 300 de representación directa es decir el 60 por ciento) y 38 al senado de un mismo género (de un total de 64 de representación directa es decir el 60 por ciento). El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación modificó dicho criterio y estableció que se debería respetar la cuota de género del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.[141] Así solo se podrían presentar 120 candidaturas para diputados y 26 al Senado, del mismo género. Sin embargo para algunos estudios, la implantación de cuotas de género los partidos continúan discriminando otorgando candidaturas a mujeres en distritos en los que no tienen fuerte presencia electoral.[142]

Una figura más perversa, utilizada por los partidos políticos para la perpetuación del patriarcado, ha sido la designación de candidatas que una vez ganada la diputación o senaduría, se les obliga a renunciar para que tome posesión el suplente varón. También en el caso de listas de representación proporcional, otra cuestión importante ha sido el orden y alternancia en que se presentan candidaturas de varones y mujeres. El tema ha sido objeto de una acción judicial por parte de una candidata en el que el método de alternancia en las listas, en el que le seguían a una mujer dos varones y después una mujer,

[135] Comité para la Eliminación de la discriminación en contra de la Mujer, Recomendación General No. 23 (16º Periodo de Sesiones), 1997 disponible en: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm

[136] Vid., José Antonio Rivera, Igualdad democrática y medidas afirmativas. ¿Equidad y cuotas?, México, TEPJF, 2011, p. 33.

[137] El artículo 37 garantiza la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios por medio de acciones positivas de regulación de los partidos políticos y del régimen electoral.

[138] Art. 175 E. COFIPE.

[139] Art. 219. COFIPE.

[140] Art. 219. COFIPE.

[141] SUP-JDC-126240/2011 y acumulados.

[142] Vid., José Antonio Rivera, Igualdad democrática y medidas afirmativas.., p. 37.

era cuestionado.[143] La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió a favor de la candidata y ordenó la modificación del orden de la lista electoral para que quedara alternada de manera continuada entre ambos géneros, lo que implicaba subir un lugar en la lista para la candidata.

La extensión del sistema de cuotas género a aspectos de la vida interna de los partidos políticos, también ha sido un tema tratado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y puede dar algunas luces respecto a futuros casos ante la Corte IDH. En este sentido, se resolvió si las cuotas de género se extendían también a las representaciones de los partidos políticos ante los Consejos Distritales del Instituto Federal Electoral, encargados en buena medida de la organización y vigilancia de la jornada electoral.[144] Existía una obvia discriminación en la que la inmensa mayoría de los representantes ante los Consejos en dicha elección eran varones, mientras que le militante era propuesta como suplente.

Además de las discriminaciones en razón del género, otro grupo de especial protección jurídica han sido los pueblos indígenas. De igual forma, los distintos tipos de víctimas se han ido visibilizando en los casos más recientes. A partir de su actividad jurisdiccional, la Corte IDH ha protegido a miembros de comunidades indígenas por violaciones a sus derechos, como documenta el *Caso Alobotoe y otros vs. Surinam*,[145] ante una matanza perpetrada por agentes del Estado. Sin embargo, es fundamentalmente a partir del emblemático *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*[146] en el que propiamente se va iniciando una jurisprudencia en relación con el colectivo – actuando además como parte en el proceso en la Corte Interamericana.[147] En este caso, ante la necesidad de crear un mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas de conformidad con sus usos y costumbres. Seguirán, entre otros, los *Casos Comunidad Moiwana vs. Surinam;*[148] *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*;[149] el propio *Caso Yatama vs. Nicaragua*; o, más reciente, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*, [150] que van definiendo además un estilo de relación frente al Estado.

Si bien el *Caso Yatama* se centró en los derechos políticos de los pueblos indígenas, los casos relativos al acceso y delimitación de sus territorios guardan una amplía relación con sus derechos políticos. De hecho ambas son formas de autonomía. La Observación General Número 25 del Comité de Derechos Humanos vincula los derechos políticos a la norma imperativa de derecho internacional del derecho a la autodeterminación. Si bien en el caso de los pueblos indígenas tal derecho ha sido interpretado generalmente de manera restrictiva, esta observación es de 1996, es decir en un periodo en el que si bien subsistían reclamaciones de minorías étnicas o lingüísticas sobre la autodeterminación, para el ala más conservadora de los funcionarios de internacionales y de la academia oficial del derecho internacional, el proceso de descolonización se tenía por terminado. Por tanto, no debemos entender esta Observación General como un guiño solamente al nacimiento de nuevos Estados en la década de los noventa (algunos de ellos nacidos de las cenizas de la Ex-Yugoslavia y de la URSS, otros con otro tipo de reivindicaciones de autodeterminación, como Timor Oriental), sino con respecto a la participación política de minorías étnicas y lingüísticas bajo crecientes niveles de reconocimiento de autonomía política. En especial en el caso de los Pueblos Indígenas, como mostró en el campo regional la Corte IDH en el *Caso Yatama*, sin hacer referencia al polémico concepto de autodeterminación.

---

[143] Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-461/2009. Para un comentario a dicha sentencia, vid., Angélica Cuéllar Vázquez e Iván García Gárate, Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de representación proporcional, México, TEPJF, 2010.

[144] Tribunal Electoral del Poder Judicial del la Federación, SUP-JDC-1154/2010, vid., Laura Lizette Aragón Castro, Alcances y limites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales, México, TEPJF, 2011.

[145] Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991.

[146] Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

[147] Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas", Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac–Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela, La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?, Tomo II, México, IIJ – UNAM/ Instituto Max – Plank/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 19.

[148] Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005.

[149] Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

[150] Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Otro grupo de personas que ha merecido un desarrollo convencional específico por parte de la OEA, son las personas con discapacidad. La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, también se refiere a las obligaciones de los estados respecto a la participación política de las personas con discapacidad. Dentro de la obligación general de adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de otra índole, para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración, se incluyen las medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades como las policías y de administración.[151] Más interesantes resultan las obligaciones que tienden a una democracia participativa, sobre todo la participación de personas con discapacidad y sus organizaciones en el diseño de las políticas públicas derivadas de la aplicación de la Convención.[152]

IV. Conclusión

Ante los avances en la implantación de un modelo electoral liberal en América Latina, la Corte IDH en los casos de derechos políticos esta llamada a jugar un papel que trascienda un modelo estrictamente afincado en la participación electoral, hacia uno más amplio y efectivo de participación política. Los *Casos Castañeda Gutman vs. México* y *Yatama vs. Nicaragua*, ya nos hablan del rumbo a tomar, en el que la Corte IDH estará llamada a abrir espacios a sectores tradicionalmente excluidos tanto de la participación electoral como política en general. El avance en la consolidación de los sistemas de participación indígena en la toma de decisiones políticas, que comenzó en Nicaragua, pero que muestra un mayor avance en Bolivia, Colombia, Ecuador y Guatemala, parece ser un terreno en el que no todo está dicho. Los nuevos embates a la participación electoral, como los procesos de inhabilitación descritos en el *Caso Lopéz Mendoza vs. Venezuela*, también tienen resonancia en actos como el intento de desafuero del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, México, en 2004. Sin embargo, paradójicamente, también la lucha por fortalecer procesos de rendición de cuentas en la Región, hace de la inhabilitación una herramienta necesaria para el sistema democrático. El futuro más alentador, sería el desterrar los casos extremos de violación de los derechos políticos, como los *Casos Chitay Nech y Otros vs. Guatemala y Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* al recuento de la historia de los regímenes autoritarios en nuestra América. Sin embargo, para poder lograr este objetivo, el Sistema Interamericano debe de ser sensible ante regresiones de corte autoritario que pasan por alto un avance democrático en la región que no debe admitir marcha atrás, como la actuación de poder fácticos al margen de los Estados; un golpe de Estado inadmisible como el que tuvo lugar en Honduras en 2009; o, la cada vez más grande brecha entre los partidos políticos y los electores.

[151] Art. II.1.a.
[152] Art. V.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 12.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile,* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie No. 239.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe No. 73/00, Caso 11.784, Marcelino Hanríquez et al vs. Argentina.

Informe Nº 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 23 de julio de 1968.

Caso Abdulaziz vs. United Kingdom, 25 de abril de 1985.

Caso Johnston y otros vs. Irlanda, sentencia 18 de diciembre de 1986. Volumen 112, Serie A.

Caso Inze vs. Austria, 28 de octubre de 1987.

Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000.

Caso Glor vs. Switzerland, 30 de abril de 2009.

Comité de Derechos Humanos

Observación General Nº 18, No Discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37.

Jacobs contra Bélgica, Comunicación No.943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004

Artículos y publicaciones académicas

BAYEFSKY, Anne. *El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional*, traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 3. Título original: BAYEFSKY, Anne, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, Human Rights Law Journal,* Vol. 11, Nº 1-2, 1990

COURTIS, Christian. *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación,* en Revista Derecho del Estado, Nº. 24, 2010

DULITZKY, Ariel. *El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana,* Anuario de Derechos Humanos No. 3, Chile, 2007.

EIDE, Asbjorn y OPSAHL, Torkel. *Equality and non discrimination.* Publication No. 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, Noruega, 1990.

GONZÁLEZ, Marianne y PARRA, Óscar. *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz, en Revista IIDH,* Vol 47, San José 2008, p. 129.

PALACIOS, Patricia. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la*

cláusula autónoma de no discriminación. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006.

SHELTON, Dinah. *Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: Anuario de Derechos Humanos, No. 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008.

WEIWEI, Li. *Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law,* Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, Research Notes 03/2004, disponible en http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html.

Índice

I. Introducción

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación es quizás la disposición formulada con mayor recurrencia en las normas internacionales de derechos humanos. No solo está consagrado expresamente en una amplia variedad de tratados,[1] sino que además se encuentra implícito en las normas que garantizan los derechos humanos a "toda persona". No resulta por tanto exagerado afirmar que este

[1] Por mencionar sólo algunos ejemplos: Carta de la OEA (artículo 3.l); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 14); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

principio "es la norma común a la mayor parte de los tratados de derechos humanos, tanto del sistema universal como de sistemas regionales".[2]

La Corte Interamericana ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno",[3] y que "sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional".[4] Por tal razón, ha reconocido que este principio hace parte del *jus cogens,*[5] es decir, que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general cuya aplicación no depende del acuerdo de los Estados y que no admite disposición en contrario.[6] Igualmente, ha indicado que se trata de una norma *erga omnes* que debe impregnar todas las actuaciones del Estado y que "genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares".[7]

Pero el principio de igualdad y no discriminación no sólo tiene un carácter fundamental en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sino que además tiene una enorme complejidad conceptual. La formulación de este principio resulta sencilla y simple en apariencia, en la medida en que recoge un mandato que algunos consideran muy claro, a saber, que se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta. Sin embargo, cuando se profundiza en la comprensión de su sentido y alcance, la simplicidad conceptual se desvanece y el tema se vuelve particularmente resbaloso, lo cual explica la amplitud de las discusiones filosóficas sobre este derecho.

De un lado, existen distintas concepciones de igualdad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí. Por ejemplo, no sólo no es lo mismo hablar de igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados, sino que a veces el respeto de uno de estos tipos puede traducirse en la vulneración de otro, como lo muestran los casos de acción afirmativa, en los que resulta necesario desconocer la igualdad de trato para combatir desigualdades de resultados y oportunidades.

De otro lado, dotar de contenido concreto el mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales es una tarea sumamente difícil en la medida en que es preciso determinar, dentro de la infinidad de semejanzas y diferencias que existen entre las situaciones o las personas, a cuáles se les debe dar mayor relevancia para determinar cuándo se puede decir que o a quién se debe tratar igual.

La Convención Americana está atravesada por el principio fundamental de la igualdad y la no discriminación. Además de que el reconocimiento de los derechos en ella garantizados opera a partir de fórmulas que lo incluyen implícitamente ("toda persona", "todo niño", "todos los ciudadanos"), varios artículos relativos a distintos derechos incluyen referencias expresas a la igualdad. Así, el artículo 8.2 sobre garantías judiciales dispone que "[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena

---

2 Courtis, Christian. Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación, en Revista Derecho del Estado, Nº. 24, 2010, p. 106.

3 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 12, párr. 185.

4 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.* Opinión Consultiva OC-18/03 párr. 101.

5 En la Opinión Consultiva OC-18/03 concluyó la Corte "[q]ue el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución el derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*". Ver además: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 12, párr. 185; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 94; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

6 El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general". Igualmente, el artículo 64 de la misma Convención dispone que "[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

7 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 100.

igualdad" a un determinado conjunto de garantías mínimas; el artículo 17 sobre protección a la familia establece que "[l]os Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo" (Art. 17.4) y que "[l]a ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (Art. 17.5); y el artículo 23 consagra los derechos políticos "de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual…" (Art. 23.1.b) y "de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" (Art. 23.1.c).

Adicionalmente, la Convención contiene dos disposiciones que se refieren en particular al principio de igualdad. La primera es el artículo 1.1 que consagra la obligación de respetar los derechos, en los siguientes términos: "[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". La segunda es el artículo 24 que establece el derecho de igualdad ante la ley: "[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

En vista de la multiplicidad de referencias al principio de igualdad contenidas en la Convención, es necesario determinar cuál es el estatus específico de la cláusula contenida en el artículo 24. De esta cuestión nos ocuparemos en el siguiente apartado relativo a su ámbito de aplicación. En este, el lector encontrará una breve descripción sobre el carácter de este artículo como cláusula autónoma de igualdad y en particular sobre su relación con el artículo 1.1 de la Convención que también consagra el principio de igualdad. Una vez abordado este aspecto, nos referiremos en el apartado III al contenido y alcance del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24. Este apartado está dividido en dos partes. En la primera, se ofrece al lector una presentación detalladada de la noción de discriminación como distinción arbitraria y de la metodología de análisis que resulta adecuada para evaluar cuándo un trato diferenciado constituye una vulneración del derecho a la igualdad. Y en la segunda, se especifican cuáles son las obligaciones que se derivan del artículo 24 en relación con los grupos que han sido históricamente discriminados.

II. Ámbito de aplicación

1. La distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas de igualdad

Los tratados internacionales de derechos humanos no consagran el principio de igualdad y no discriminación a través de una fórmula única. Así, en términos de su estructura y de su relación con los derechos restantes reconocidos en un determinado tratado, es posible distinguir dos tipos de cláusulas. La primera consagra la igualdad como una garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades establecidos en un tratado de derechos humanos. La segunda establece la igualdad como un derecho independiente que "est[á] garantizad[o] en sí mism[o] y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto".[8] En el primer caso se trata de una cláusula subordinada de igualdad, mientras que en el segundo se trata de una cláusula autónoma.

Un ejemplo del primer tipo es el artículo 14 del CEDH que establece que "[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier

[8] Bayefsky, Anne. "El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional", traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 3. Título original: Bayefsky, Anne, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, págs. 1-34.

otra situación". Esta cláusula resulta complementaria a las restantes disposiciones de la Convención que consagran los derechos y libertades, y debe por tanto aplicarse en conjunto con éstas. Según lo ha indicado la jurisprudencia del CEDH, esta cláusula subordinada de no discriminación debe leerse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención en tanto esta "forma parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades".[9]

Por su parte, el artículo 26 del PIDCP ofrece un ejemplo de una cláusula de igualdad autónoma: "[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". *A diferencia del artículo 14 de la Convención Europea, esta disposición contiene una prohibición de la discriminación que no se limita a la relativa a la garantía de los derechos y libertades establecidos en el Pacto y, que, en tal sentido, opera con independencia de estos.*

Así lo indicado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en su comentario general sobre la no discriminación, sostuvo que el artículo 26 "establece en sí mismo un derecho autónomo"[10] y "prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y protección de las autoridades públicas",[11] y no únicamente en la esfera de los derechos reconocidos en el Pacto.

2. El artículo 24 como cláusula autónoma de igualdad

La Convención Americana incluye los dos tipos de cláusulas. En efecto, *el artículo 1.1 contiene una cláusula subordinada de igualdad, mientras que el artículo 24 constituye una cláusula autónoma.*[12] En uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte se refirió a la relación entre los dos artículos en cuestión. Respecto al artículo 1.1 afirmó que se trata de "una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado"[13] y precisó que "todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma".[14] Y al referirse al artículo 24, indicó:

> Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones,

9 TEDH. Caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 23 de julio de 1968, párr. 9.

10 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 12.

11 Cabe señalar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene además una cláusula subordinada de igualdad en su artículo 2.1, el cual dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". El Comité Derechos Humanos se refirió por primera vez a la distinción entre este artículo y el artículo 26 en el Caso Broeks vs. los Países Bajos, en el cual indicó que "[e]l artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2", sino que "prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquiera de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma". Comité de Derechos Humanos, Caso Broeks vs. los Países Bajos. Comunicación No. 172/1984, decisión de 9 de abril de 1987 (29° periodo de sesiones), párr. 12.3.

12 Sobre la relación entre artículo 1 y 24, véase también el comentario al artículo 1 de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, el cual forma parte de esta obra.

13 Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 53.

14 *Ibid*.

éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.[15]

Según esta Opinión Consultiva, *la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. Así, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1 se restringe a los derechos consagrados en la misma Convención, el artículo 24 extiende esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Parte al condenar todo trato discriminatorio de origen legal.*

En este sentido, la importancia del artículo 24 radica en que cubre aquellas vulneraciones del derecho a la igualdad que no involucran a su vez la violación de otros derechos reconocidos en la Convención y que, por tanto, están por fuera de la órbita de protección del artículo 1.1. Por ejemplo, la Convención no establece un derecho a obtener la nacionalidad de un Estado en el cual no se nació. Sin embargo, si un Estado parte regula el modo como los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad, esta regulación debe respetar el derecho de igual protección de la ley sin discriminación consagrado en el artículo 24. De conformidad con esto, la Corte Interamericana determinó en la citada Opinión Consultiva, relativa a la regulación de la naturalización por parte del Estado de Costa Rica, que era incompatible con el artículo 24 establecer condiciones preferentes para facilitar que la esposa extranjera de un hombre costarricense adquiriera la nacionalidad, sin disponer el mismo beneficio para el esposo extranjero de una mujer costarricense.[16]

En decisiones posteriores la Corte ha reiterado este criterio de distinción, precisando aún más la especificidad del artículo 24 como cláusula autónoma. Así, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua,* la Corte sostuvo que este artículo

> no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.[17]

De conformidad con este criterio, en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte especificó que "si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24".[18] Este planteamiento ha sido reiterado en los *Casos Rosendo Cantú y otra vs. México, Vélez Loor vs. Panamá, Fernández Ortega y otros. vs. México, Barbani Duarte y otros vs. Uruguay y Atala Riffo y niñas vs. Chile.*[19]

---

15 *Ibidem*, párr. 54.

16 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 67.

17 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 12, párr. 186. El criterio de distinción es reiterado además en: Corte IDH. *Condición Jurídica y derechos humanos del niño.* Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 44; y Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 348.

18 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*.Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

19 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 183, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 253. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. Méxic*o. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 199. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174. Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie No. 239, párr. 82. Un criterio semejante en relación con las cláusulas de igualdad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra en: Palacios, Patricia. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación.* Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006. Según la autora, "las cláusulas de no discriminación contenidas en los artículos 2.1 y 26 tienen ámbitos de aplicación claramente

En virtud de lo anterior es posible precisar las características del artículo 24 como cláusula autónoma de igualdad. La primera es que *consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos* en la Convención. La segunda es que, en tanto derecho autónomo, *genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados.* Y la tercera es que se refiere específicamente a la *garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.*

Sin embargo, aunque el artículo 24 contiene un ámbito específico de aplicación que lo distingue de la garantía de no discriminación prevista en el artículo 1.1, es importante aclarar que a nivel de contenido existe una fuerte interrelación entre estas dos disposiciones, en tanto ambas constituyen una expresión del principio de igualdad y no discriminación. Por esta razón, tal como se evidencia en el siguiente apartado, las consideraciones realizadas por los órganos del sistema interamericano en relación con el artículo 1.1 resultan pertinentes para dilucidar el sentido del artículo 24.

III. Contenido y alcance

El artículo 24 contiene *dos nociones de igualdad.* La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación. La forma como está redactada la disposición sugiere que el derecho a la igual protección de la ley es un corolario de la igualdad ante la ley. En efecto, el artículo 24 presenta el primero como una consecuencia del segundo. Sin embargo, es importante aclarar que cada una de estas nociones expresa una concepción particular acerca del contenido y alcance del derecho a la igualdad, correspondiente cada una además a un determinado momento histórico.[20]

La igualdad ante la ley corresponde a la noción de *igualdad formal* prevaleciente durante el siglo XVIII, la cual aparece especialmente ligada a las preocupaciones de la época por limitar la arbitrariedad del poder ejecutivo y por garantizar la igualdad ante los tribunales.[21] Esta noción de igualdad "se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características".[22] La garantía de este derecho estaba conectada con el principio de legalidad que implicaba, por un lado, que la ley debía ser general y abstracta y, por el otro, que el juez no debía ser más que la boca que pronunciara las palabras de la ley, según la célebre definición de Montesquieu.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación No. 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer, indicó que "los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y ante la ley",[23] advirtiendo que la igualdad ante la ley implica que los órganos administrativos y jurisdiccionales "deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres".[24] De este modo,

diferenciados e independientes, y no cabe otra explicación que sea coherente con la ubicación de ambas disposiciones en el tratado. Así, el 2.1 se aplica al trato discriminatorio que surge en el reconocimiento o el ejercicio de los derechos contenidos en la tercera parte del Pacto mientras que el artículo 26 de aplicaría a casos que no caen bajo la protección del 2.1" Palacios, Patricia, *op. cit*., p. 74.

[20] El artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también recoge estas dos nociones de igualdad: "[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Para una explicación del alcance de estas dos nociones en la Declaración, ver: Weiwei, Li. Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, Research Notes 03/2004, disponible en:http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html, p. 15.

[21] Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl. *Equality and non discrimination*. Publication No. 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, Noruega, 1990, pp. 7 y 8.

[22] González, Marianne y Parra, Óscar. "*Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*", en Revista IIDH, Vol 47, San José 2008, p. 129.

[23] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general Nº 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, párr. 9.

[24] *Ibid.*

el Comité recoge bien la idea de igualdad ante la ley como aplicación imparcial de la ley.[25]

Por su parte, el surgimiento de la noción de *igual protección de la ley sin discriminación* está asociado a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, como por ejemplo las personas que fueron liberadas con ocasión de la prohibición de la esclavitud en el transcurso del siglo XIX; o de sectores que emergieron a raíz de los procesos de transformación social y que demandaban garantías específicas, tal como la clase trabajadora que surgió con la industrialización.[26] Dado que la esclavitud operaba en función de un criterio racial, la extensión de la protección de la ley no sólo implicaba cobijar a quienes antes eran considerados y tratados como esclavos, sino garantizar que el factor racial no constituyera un criterio de restriccción o exclusión para el goce de derechos. En este sentido, se consideró que la igual protección de la ley debía operar sin consideración a la raza de las personas. Otros criterios, asociados a condiciones de las personas que históricamente han sido un factor de exclusion o restricción para el goce de derechos, como el sexo, la religión o el origen nacional, llenarían de contenido la noción de igual protección de la ley sin discriminación.

Sin embargo, pese a las diversas nociones de igualdad contenidas en el artículo 24, los términos de igualdad, igual protección y no discriminación han tendido a ser utilizados indistintamente, lo cual responde no sólo a una tendencia del sistema interamericano, sino del derecho internacional de los derechos humanos en general.[27] Así, es una idea recurrente que los conceptos de igualdad y no discriminación constituyen, respectivamente, la dimensión positiva y la dimensión negativa de un mismo principio.[28] De conformidad con esto, la igualdad es entendida como la ausencia de discriminación, al paso que se estima que el respeto del principio de no discriminación conduce a una situación de igualdad. Esto ha implicado que "la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación".[29]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana es depositaria de esta perspectiva. Así, la Corte ha

---

[25] Algunos autores sugieren que la noción de igualdad ante la ley prohíbe todo trato arbitrario por parte de las autoridades públicas, lo cual no sólo implica una aplicación imparcial de la ley por parte de los operadores jurídicos administrativos o judiciales, sino una proscripción del establecimiento de clasificaciones injustificadas en la propia ley. Según los autores, la igualdad ante la ley implica que si la ley dispone tratos diferenciados, estos sólo pueden obedecer a "criterios estrictamente funcionales" y "deben evitar la arbitrariedad", por lo cual las clasificaciones deben ser "objetivas y razonables". *Cfr*. González, Marianne y Parra, Óscar. *Op. cit.*, p. 130. Esta noción más general de igualdad ante la ley se explica por la incorporación que hacen los autores a este concepto, de la idea desarrollada especialmente durante el siglo XX, según el cual no todo trato distintivo establecido por la ley implica *per se* una violación del principio de igualdad y no discriminación. Esta idea se expresa con claridad en la jurisprudencia pionera de la Corte Europea de Derechos Humanos sentada en el caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium". Pero cabe aclarar que este criterio se fijó en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo que establece la prohibición de discriminación y que no incluye el concepto de igualdad ante la ley. En su sentido primigenio, la noción de igualdad ante la ley se limita a la aplicación imparcial de la ley, mientras que la proscripción de trato arbitrario en virtud de la ley considerada en sí misma se deriva más del concepto de no discriminación.

[26] Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, *op. cit.,* p. 8.

[27] Shelton, Dinah. "Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en: Anuario de Derechos Humanos, No. 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, pág. 19.

[28] En su voto separado en la Opinión Consultiva OC-4/84 de la Corte Interamericana, el juez Rodolfo E. Piza sintetizó así el sentido de esta mutua imbricación: "parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común". Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E., Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 10. Ver también: Bayefsky, Anne. *Op. cit.,* y Wewei, Lin, *op. cit.,* p. 7.

[29] Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E., Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. párr. 10.

retomado lo dicho por el Comité de Derechos Humanos[30] al indicar que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”.[31] Según la Corte, esta interrelación implica que el “elemento de la igualdad [sea] difícil de desligar de la no discriminación”.[32] De hecho, de acuerdo con la Corte, la prohibición de trato discriminatorio aparece como una derivación del reconocimiento de la igualdad ante la ley.[33]

Del mismo modo, al referirse a la noción de igualdad, la Corte ha planteado que esta

> se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.[34]

Dos elementos resaltan de esta definición. El primero es el reconocimiento de una conexión esencial e inmediata entre la igualdad y la dignidad humana. Esta conexión evoca la DUDH que en su artículo 1º dispone que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El segundo, que es una derivación del primero, es que el establecimiento de privilegios, por un lado, y el trato discriminatorio, por el otro, constituyen las dos formas básicas de vulneración del derecho a la igualdad, en tanto las mismas resultan incompatibles con esa idea de la dignidad como elemento común al género humano.

Como puede verse, la noción de discriminación ha venido a ocupar un lugar esencial de cara a la definición del contenido y alcance del artículo 24, hasta tal punto que en buena medida el concepto de igualdad, tanto en su dimensión de igualdad ante la ley como en la de igual protección de la ley, ha terminado gravitando en torno a la idea de no discriminación. Por esta razón, es importante analizar con detenimiento qué se entiende por discriminación.

1. La discriminación como distinción arbitraria

La Corte interamericana ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una *distinción carente de justificación objetiva y razonable.*[35] Esta idea es común a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, los debates que condujeron a la formulación de la prohibición de discriminación en la DUDH ilustran que la noción de discriminación llevaba implícita la idea de trato arbitrario. Según lo explica Dina Shelton, “una de las versiones preliminares de la DUDH [Declaración Universal de Derechos Humanos] prohibía ‘toda discriminación arbitraria’. El término ‘arbitrario’ se eliminó porque la mayoría de los delegados estaban de acuerdo que, en derecho, la discriminación se refiere a distinciones dañinas o injustas (arbitrarias) y no a todas las diferenciaciones”.[36] Del mismo modo, el TEDH, al interpretar el alcance del artículo 14 del Convenio Europeo que establece que todos los derechos deben ser garantizados “sin distinción

---

[30] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, 10 de noviembre de 1989, párr 1.

[31] Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 83.

[32] *Ibid.*

[33] Ha dicho la Corte que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 239.

[34] Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 55.

[35] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 56; Corte IDH*. Condición Jurídica y derechos humanos del niño.* Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 46; y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 89.

[36] Shelton, Dina. *Op. cit.,* p. 26.

alguna", ha indicado que "el principio de igualdad de trato es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable",[37] es decir, si la distinción es arbitraria.[38]

De acuerdo con lo anterior, *no toda distinción de trato comporta una vulneración del derecho a la igualdad.* En palabras de la Corte IDH, "no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".[39] Así, la Corte ha admitido la legitimidad de algunos tratos diferenciales. Por ejemplo, en relación con los migrantes, ha indicado que "el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos".[40] Del mismo modo, ha señalado que existen "ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles".[41] El ejemplo propuesto por la Corte para ilustrar esta situación es el de la limitación de la capacidad civil de los menores de edad o de las personas que no gozan de salud mental, eventos en los cuales el trato diferenciado obedece a la finalidad de proteger precisamente el patrimonio de estas personas.

Dado que no toda distinción implica una discriminación, es necesario entonces especificar las condiciones bajo las cuales una diferencia de trato constituye una violación del derecho a la igualdad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

> No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[42]

En este misma línea, la Comisión IDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando "a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue".[43] Del mismo modo, ha puntualizado que "[u]na

---

[37] TEDH. Caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in Education in Belgium (merits), 23 de Julio de 1968.

[38] Vale la pena advertir que la fórmula de prohibición de la discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo indica que el goce de los derechos debe ser asegurado "sin distinción alguna". Por su parte, la Convención Americana, que fue adoptada con posterioridad tanto al Convenio Europeo como a la referida decisión del Tribunal Europeo, emplea la expresión "sin discriminación alguna", tanto en su artículo 1.1 como en el 24. En este sentido, mientras que en el caso del Convenio Europeo la interpretación del Tribunal condujo a cualificar el alcance de la expresión "sin distinción alguna", indicando que se trataba de una distinción arbitraria; en el caso de la Convención Americana, la Corte no tuvo que añadir ninguna calificación a la expresión, sino más bien desentrañar un sentido que ya aparecía implícito en la noción de discriminación.

[39] Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 párr. 56.

[40] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 248. *Cfr*. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 82, párr. 119.

[41] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 56.

[42] *Ibidem*, párr. 57.

[43] Comisión IDH, Informe No. 73/00, Caso 11.784, Marcelino Hanríquez et al vs. Argentina, párr. 37.

distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca".[44]

Con este planteamiento, la Comisión retoma implícitamente algunos de los puntos centrales del test de razonabilidad que fijó el TEDH en el paradigmático caso *"relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium",* en el cual la Corte Europea se pronunció por primera vez sobre el artículo 14 del Convenio Europeo que consagra la prohibición de discriminación. En este caso, la Corte Europea señaló que "Una distinción de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por la Convención no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece claramente que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido".[45]

De conformidad con estas pautas, es posible delimitar una metodología para el análisis de los casos que involucren una diferencia de trato. Así, siguiendo lo advertido por la Comisión IDH, en primer lugar es preciso establecer si la diferencia opera en relación con *situaciones análogas o similares*. Si es así, corresponde entonces, en segundo lugar, determinar la *razonabilidad y proporcionalidad de la distinción*. Para tal efecto, es recomendable utilizar un test que permita racionalizar el análisis de las medidas diferenciadoras. De estos dos puntos nos ocuparemos a continuación.

a. Tratar igual a los iguales

Uno de los puntos más complejos en el análisis de la discriminación corresponde a la verificación de cuándo estamos ante situaciones semejantes que ameriten, en principio, un trato igual. La igualdad es un concepto relacional que incorpora un mandato claro, que es casi tan viejo como la filosofía y la civilización occidentales, pues ya Aristóteles lo formulaba en sus obras[46], a saber, que "se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta". Un análisis filosófico elemental permite concluir que el mandato aristotélico de "tratar igual a los iguales" es vacío, en la medida en que no precisa cuál es el criterio que permite diferenciar o igualar a las personas o a las situaciones. El problema es que ninguna situación es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación; y, en ese mismo sentido, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos, como puede ser al menos el hecho de que son eventos. En tales circunstancias, las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas, sino siempre parciales. Esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista. Por ello, algunos analistas han concluido que, en sentido estricto, la igualdad no tiene un significado propio como mandato.[47]

La determinación del carácter análogo de las situaciones o de las personas depende de las circunstancias de los casos concretos y de la finalidad perseguida por las autoridades. En particular, la relevancia de las semejanzas y diferencias debe fijarse con respecto a la norma o situación específica de la cual se deriva el trato distintivo, en tanto el asunto en cuestión consiste precisamente en determinar si dos personas o grupos son lo suficientemente similares para reclamar prima facie un trato igual en un asunto en particular, o lo suficientemente distintas para justificar o incluso para exigir un trato diferenciado. Son pues el tipo de trato realizado y el propósito perseguido por las autoridades los factores que determinan si la situación es o no relevantemente igual.

---

[44] Comisión IDH. Informe Nº 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 31.

[45] TEDH. Caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 23 de Julio de 1968, párr. 10.

[46] Ver por ejemplo Etica a Nicómaco, Libro V, capítulo 3, párr. 1006.

[47] Ver la polémica en Estados Unidos suscitada por el artículo de Peter Westen (1982) "The empty idea of equality" en Harvard Law Review. No 95. Ese texto ha dado lugar a respuestas críticas de Chereminsky y Greenawalt y la discusión no puede ser considerada resuelta, pues se prolonga hasta nuestros días, como lo muestra el volumen 110 de Harvard Law Review de abril de 1997, dedicado al tema, con un texto de Christopher Petes en defensa de Westen y una crítica de Greenawalt.

La definición de la existencia de supuestos de hecho análogos no resulta problemática en aquellos casos en los cuales es claro que no hay diferencias de peso entre las personas o situaciones comparadas. Un ejemplo de la jurisprudencia interamericana es el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, en el cual la Corte Interamericana se refirió a la situación de dos niñas nacidas en República Dominicana, ambas con ascendencia haitiana, a las cuales les fue negada la declaración tardía de nacimiento bajo el argumento de no haber presentado la documentación requerida. La Corte constató que la legislación dominicana exige requisitos distintos para el registro según la edad de los menores y advirtió que en este caso el Estado había exigido el cumplimiento de los requisitos previstos para los mayores de 13 años, cuando las menores Yean y Bosico tenían 10 meses y 12 años, respectivamente. Al efectuar el análisis de igualdad, la Corte determinó sin mayor dificultad que "las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad".[48] Al no existir ninguna diferencia relevante en relación con las disposiciones de registro entre las niñas Yean y Bosico y el resto de menores dominicanos menores de 13 años, resultaba clara en este caso la existencia de supuestos de hecho idénticos, más que similares.

El *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* es otro caso de la jurisprudencia interamericana en el cual las personas involucradas se encontraban en la misma posición en relación con los requisitos exigidos por la normatividad para acceder a determinados beneficios. En este la Corte IDH se refirió a la situación de cuatro ahorristas uruguayos a quienes les fueron resueltas desfavorablemente sus solicitudes de acceder a ciertas medidas de rescate financiero adoptadas por el Gobierno con ocasión de la crisis del sistema bancario que se presentó en el año 2002, mientras que a otros veintidós ahorristas sí les fueron aceptadas. La Corte determinó que en dos de los casos alegados, los ahorristas se encontraban en los mismos supuestos que fueron determinantes para la aceptación de la solicitud de uno de los casos que sí fue admitido.[49] En este caso, la evaluación de la identidad de las situaciones se basó en el análisis de la posición que tenían los ahorristas en relación con los requisitos exigidos para acceder a los beneficios. Al encontrar la semejanza de la situación de algunos de los ahorristas, la Corte concluyó que existió un trato discriminatorio, pues no se ofreció ninguna motivación que permitiera constatar que los criterios para la admisión de las solicitudes fueron aplicados de manera objetiva.[50]

Sin embargo, en otros casos el modo de enfocar el análisis del carácter análogo de las situaciones se torna problemático. Algunos ejemplos de la jurisprudencia internacional resultan ilustrativos. Por ejemplo, en el *Caso Johnston y otros vs. Irlanda,*[51] la Corte Europea determinó que no existía discriminación en el trato distintivo que otorgaba el Estado irlandés en materia de divorcios, consistente en que sólo se reconocían aquellos que fueran obtenidos en el extranjero por irlandeses domiciliados fuera del país. Los peticionarios alegaban que esto discriminaba a los irlandeses que por su situación económica no podían establecer su domicilio fuera del país para obtener el divorcio. La Corte se limitó a indicar, sin detenerse a explicar las razones, que los irlandeses no domiciliados en el exterior no se encontraban en una situación análoga de los que sí lo estaban, derivando de esta razón la inexistencia de discriminación.

En este caso existía por lo menos una semejanza y una diferencia evidentes entre los grupos de personas comparados. La semejanza es la nacionalidad irlandesa y la diferencia es la de tener el domicilio fuera del país. Un modo distinto de enfocar el asunto implica partir de la pregunta acerca de qué tan relevante era dicha diferencia en relación con la definición de las reglas relativas al reconocimiento del divorcio, y por qué dicha diferencia pesaba más que la semejanza para hablar de la existencia de una situación análoga. Sin embargo, la Corte Europea no se planteó esta cuestión, razón por la cual, a nuestro juicio, su análisis resultó desafortunado. Como lo indicó acertadamente Dina Shelton, en este caso la Corte

[48] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 165.

[49] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. párr. 183, 184.

[50] *Ibidem*, párr. 185.

[51] TEDH. Caso Johnston y otros vs. Irlanda, sentencia 18 de diciembre de 1986. Volumen 112, Serie A.

Europea "[e]mpleó la mismísima diferencia de trato contra la que se reclamaba para concluir que las dos situaciones no eran análogas".[52]

Otro ejemplo que vale la pena mencionar es el *Caso M.J.G. vs. Los Países Bajos* que fue declarado inadmisible por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En este, el peticionario era un conscripto objetor de conciencia que fue citado para comparecer ante un Tribunal Militar por desobedecer órdenes en el curso de su servicio militar. En su comunicación individual alegó que existía una distinción injustificada entre civiles y conscriptos, en cuanto en la jurisdicción ordinaria era posible impugnar una citación, no así en la jurisdicción penal militar, que era a la cual se encontraba sometido el peticionario. El Comité determinó que al caso no le era aplicable el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles pues el autor no argumentó "que el procedimiento militar penal de los Países Bajos no se est[aba] aplicando de igual manera a todos los ciudadanos holandeses que presta[ban] servicio en las fuerzas armadas de ese país".[53] Esto indica que el Comité asumió que no existía una situación asimilable entre civiles y militares para invocar un trato igual en materia de interposición de recursos. Según el Comité, el reclamo solo habría podido fundarse respecto de la aplicación del procedimiento militar a otro soldado. Al igual que en el caso anterior, el Comité omitió justificar por qué la diferencia consistente en que una persona es militar y otra civil, pesaba más que la semejanza de ser ciudadanos holandeses, teniendo presente que lo que estaba en juego era la definición de un derecho procesal.

En contraste con las citadas decisiones internacionales, vale la pena referir un caso del ámbito nacional en el cual el análisis sobre el carácter análogo de las situaciones en juego resulta más completo. Se trata de la discusión que se dio en la Corte Constitucional colombiana en relación con el derecho de las parejas homosexuales a contar con un régimen de protección patrimonial como el previsto para las parejas heterosexuales que conviven en unión libre. En un principio la Corte Constitucional negó el reclamo fundado en la violación del derecho a la igualdad, bajo la idea de que los dos tipos de parejas no se encontraban en una situación asimilable. Según la Corte, las parejas heterosexuales conformaban una familia según la definición constitucional y además tenían la capacidad natural de procrear, lo cual las diferenciaba de las parejas homosexuales que de conformidad con su criterio no encajaban en el concepto constitucional de familia, ni tampoco podían reproducirse.[54] Sin embargo, años después la Corte reconsideró su posición y determinó que, por razones de igualdad, el régimen de protección patrimonial previsto para las uniones heterosexuales debía extenderse a las uniones homosexuales *pues la orientación sexual de las personas no era un criterio relevante para determinar cuáles parejas ameritaban o no ser beneficiadas de ese régimen de protección patrimonial*.[55]

En esta segunda decisión, *la Corte colombiana enfocó la situación a partir del criterio de las necesidades análogas de protección de los dos tipos de pareja*. De conformidad con este, la Corte determinó que tanto las parejas homosexuales, como las heterosexuales que cohabitaban y compartían un proyecto de vida en común, estaban en una situación asimilable en relación con las normas que establecían un régimen de protección civil. En este sentido, *las diferencias señaladas en su anterior decisión, pesaban menos que las semejanzas fundadas en los requerimientos semejantes de protección de ambas parejas que surgían en virtud de los rasgos compartidos.* Con base en este mismo criterio, la Corte posteriormente extendió a las parejas homosexuales múltiples derechos reconocidos inicialmente sólo a las parejas heterosexuales.[56]

Como lo muestran los casos citados, *la presencia tanto de semejanzas, como de diferencias implica realizar un análisis más detallado para determinar la relevancia de cada una en relación con la situación concreta.* De lo contrario, tal como sucedió en los casos internacionales referidos, se corre el

52 Shelton, Dina, *op. cit.,* p. 12.
53 Comité de Derechos Humanos, M. J. G. vs. The Netherlands, Communication No. 267/1987, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 74, 1990, párr. 32.
54 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-098 de 1996.
55 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007.
56 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029 de 2009.

riesgo de que se descarte de plano el análisis de razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado, bajo la idea de los supuestos de hecho no son análogos.

De otro lado, es importante considerar que en algunas circunstancias las distinciones no sólo son admisibles a la luz del principio de no discriminación, sino que resultan imperiosas. Considerando que en una sociedad los individuos y grupos se encuentran en posiciones distintas, tratarlos del mismomodo puede conducir a una situación de mayor desigualdad.[57]

En la jurisprudencia interamericana, la idea del trato distintivo como exigencia de no discriminación jugó un papel importante en un caso relacionado con los derechos de comunidades indígenas. En efecto, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua,*[58] la Corte se refirió a la aplicación de una ley electoral en virtud de la cual las comunidades indígenas nicaragüenses tuvieron que organizarse bajo la forma de partidos políticos, así como cumplir otra serie de condiciones para poder presentar candidatos en las elecciones municipales de 2000. La Corte determinó que el Estado había violado los artículos 23 y 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma "ya que dispuso y aplicó disposiciones de la Ley Electoral… que establecen una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y lo reglamentan de forma discriminatoria".[59] Según la Corte, la ley electoral no tuvo en cuenta las características particulares de la población indígena de Nicaragua, y los obligó a adoptar "una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones",[60] así como a presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de la circunscripción territorial, desconociendo que "habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo",[61] dado que la población indígena era minoritaria en muchos de ellos. Estas circunstancias finalmente impactaron de forma negativa la participación de los candidatos de la población indígena en las elecciones.

Como medida de reparación, la Corte dispuso que el Estado debía reformar los dos requisitos de la ley electoral que impidieron la participación de los indígenas en las elecciones municipales y adoptar "las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática".[62]

Tal como lo ilustra este caso, la igual aplicación de la ley a personas y grupos que se encuentran en situaciones considerablemente diferentes puede conducir a una desigualdad en el goce de los derechos. Según pudo constatar la Corte, antes de la Ley Electoral de Nicaragua, las comunidades indígenas habían participado en las elecciones bajo sus propias formas de organización política, y habían logrado una mejor participación en las elecciones. Pero *la definición de unos requisitos* de participación electoral sin consideración a las características distintivas de los pueblos indígenas, menguó considerablemente sus posibilidades efectivas de acceso a cargos de elección popular en relación con el resto de *la población*. En este sentido, resulta claro por qué *en ciertas situaciones un trato distintivo resulta no sólo permitido, sino necesario para garantizar efectivamente la igualdad.*

Otro caso ilustrativo a nivel internacional es *Thlimmenos vs. Greece*, en el cual el TEDH indicó que "el derecho a no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en el Convenio también se conculca cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de modo distinto a

57 González, Marianne y Parra Óscar. *Op. cit.,* p. 133.

58 Sobre este caso en relación con los artículos 1, 2 y 23, véanse también los comentarios a los artículos 1 y 2, de Eduardo Ferrer MacGregor y Carlos María Pelayo Möller, y al artículo 23, de José Luis Caballero Ochoa y Miguel Rábago Dorbecker, ambos contenidos en esta obra.

59 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 12, párr. 229.

60 *Ibidem*, párr. 218.

61 *Ibidem*, párr. 223.

62 *Ibidem*, párr. 259.

personas cuyas situaciones difieren considerablemente”.[63] En este caso la Corte se refirió a la situación de un testigo de Jehová, quien fue condenado a prisión por un tribunal militar por haberse negado a portar el uniforme militar en virtud de sus convicciones religiosas. Posteriormente, el peticionario obtuvo el segundo lugar en un examen público para el ejercicio de un cargo, pero no fue nombrado por cuanto había sido condenado por un crimen serio. La Corte Europea determinó que el Estado incumplió con la prohibición de discriminación por cuanto no existía una justificación objetiva y razonable para no haber otorgado, en el nombramiento del cargo, un trato distinto a las personas condenadas por un crimen serio como resultado de sus creencias religiosas, en relación con el resto de condenados por este tipo de crímenes.

El análisis del carácter análogo de dos o más situaciones implica una revisión juiciosa de las similitudes y diferencias, así como de la posición y el peso que cada una de estas tienen en relación con el asunto particular. Así, si las semejanzas que resultan relevantes respecto al caso concreto son mayores, en principio se impone un tratamiento igual. Si por el contrario, existen diferencias relevantes de peso, no es exigible el mismo trato; de hecho, en algunos casos resulta imperioso un tratamiento diferenciado. Ahora bien, *si prima facie resulta exigible un trato igual, una distinción solo será legítima si obedece a una justificación objetiva y razonable.* Para determinar la legitimidad de una distinción, el test de igualdad constituye una herramienta de análisis adecuada y útil. A continuación nos ocuparemos de explicar sus componentes y la metodología para su aplicación.

b. El test de igualdad como metodología para determinar el carácter arbitrario de una distinción

De conformidad con el criterio sentado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y retomado en el ámbito interamericano, la objetividad y razonabilidad de una distinción implica que esta obedezca a una *finalidad legítima* y que exista una *relación razonable de proporcionalidad* entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido.[64] Estos dos elementos constituyen el denominado test de igualdad,[65] que es una herramienta analítica que somete a un escrutinio judicial escalonado las medidas que establecen una distinción entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares. Tal distinción puede operar por vías distintas, como puede ser la fijación de una preferencia a favor solo de algunos, la exclusión de ciertas personas o grupos del goce de un beneficio o derecho, o la definición de condiciones más gravosas para dicho goce en contra de una parte de la población. Pero además, el test también permite evaluar aquellos casos en las que se omite otorgar un trato distinto a personas o grupos que se encuentran en situaciones significativamente diferentes y que por tanto ameritan la disposición de medidas diferenciadas.

Este análisis escalonado que establece el test, implica descomponer el estudio de la objetividad y razonabilidad de la medida en dos pasos consecutivos que corresponden a cada uno de los elementos del test. Así, en primer lugar se debe determinar cuál es el fin perseguido por la medida y si el mismo es o no legítimo. Si este paso se supera favorablemente, es decir, si se establece que la medida sí persigue un fin legítimo, se procede entonces a analizar la relación de proporcionalidad entre este fin y los medios dispuestos para alcanzarlo. Por el contrario, si el primer paso del test no se supera favorablemente, resulta probada la arbitrariedad del trato distintivo, y no es por tanto necesario avanzar hacia el segundo paso del test.

Cabe destacar que si bien los órganos del sistema interamericano han planteado algunos de los elementos del test para indicar bajo qué condiciones se puede considerar que una distinción es objetiva y razonable, lo cierto es que la Corte Interamericana no realiza explícitamente un escrutinio escalonado en el que

[63] TEDH. Caso of Thlimmenos vs. Greece (Application nº 34369/97), 6 de abril de 2000, párr. 44 [traducción libre].

[64] TEDH. Caso “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), 23 de julio de 1968, párr. 10.

[65] Como explicaremos adelante existen distintos niveles de exigencia de este test. La versión de la Corte Europea corresponde a un test débil de igualdad.

se distingan claramente los pasos del test, aunque como veremos en el siguiente apartado, en sus casos más recientes cada vez es más fácil identificar una aplicación implícita de este tipo de metodología. Sin embargo, a pesar de que la Corte no ha optado explícitamente por el uso del test, estimamos que se trata de una herramienta útil para realizar un control adecuado sobre una cláusula abierta como la de igualdad, que no dice cuál es el criterio de igualación. *A nuestro juicio, no existe un mejor modo de determinar si una situación concreta es compatible con el principio de igualdad y no discriminación si no es sometiéndola a un análisis de proporcionalidad a partir del cual se determine cuál es la finalidad del trato diferenciado, si esa finalidad es legítima y si el criterio de diferenciación es adecuado y proporcionado frente a esa finalidad.* Por esta razón, en lo que sigue realizaremos una breve presentación del test de igualdad. Para facilitar la exposición, reconduciremos algunos de los análisis realizados por la Corte IDH al esquema del test y acudiremos también a algunos casos decididos por el TEDH.

Evaluar la legitimidad del fin perseguido por la distinción

En relación con el primer paso del test, que implica evaluar la legitimidad del fin perseguido por la distinción, la Corte Interamericana ha destacado que los fines no pueden ser "arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana".[66] En términos más específicos, puede decirse que la *legitimidad de un fin* se determina en función de su correspondencia con el marco de derechos y libertades establecidos en los instrumentos internacionales. La situación más evidente de desconocimiento de esta condición se da cuando la norma, el acto o la omisión no obedecen a ninguna otra finalidad que no sea la de tratar distinto a ciertas personas o grupos, es decir, cuando el único objetivo que se persigue es precisamente el de discriminar.

El *Caso de las Niñas Yean y Bosico* resuelto por la Corte Interamericana constituye un buen ejemplo de una situación de esta naturaleza. Tal como lo referimos atrás, a las niñas Yean y Bosico se les negó la declaración tardía de nacimiento bajo la idea de que no habían cumplido con unos requisitos que claramente no eran los que exigía la ley para su caso. La Corte concluyó que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, en tanto no otorgó la nacionalidad a las niñas "por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente".[67] En este caso resultaba claro que la única razón que explicaba que a las niñas Yean y Bosico les hubieran negado el registro era que las mismas hacían parte de familias migrantes haitianas.[68] Esta idea encontraba respaldo en múltiples informes que constataban la discriminación de los haitianos en República Dominicana,[69] así como de los niños de familias haitianas migrantes.[70] *No era posible identificar en este caso que el trato distintivo hubiera obedecido a una finalidad distinta, por lo cual no quedaba más que admitir que el único objetivo que se persiguió en este caso fue el de discriminar a las menores en razón de su ascendencia haitiana, el cual resulta evidentemente ilegítimo.*

En otros casos el trato distintivo no se orienta directamente al objetivo de discriminar, pero en todo caso puede obedecer a un fin ilegítimo. Por ejemplo, constituye una finalidad ilegítima tratar de desestimular la afiliación de los trabajadores a los sindicatos a través de la fijación de beneficios laborales a favor de los trabajadores no sindicalizados, pues tal fin comporta una violación del derecho a la libre asociación

[66] *Ibidem*, párr. 57.

[67] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 174.

[68] La Comisión Interamericana así lo indicó al señalar que "el tratamiento que recibieron las presuntas víctimas se debió a consideraciones de su ascendencia, su nombre y el estatus migratorio de sus padres". Ibíd., párr. 112.b.

[69] *Cfr*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, "Los derechos humanos y la extrema pobreza", Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: MISIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, párrs. 8 a 13.

[70] *Cfr*. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.

sindical.[71] Por el contrario, los fines que no desconozcan los derechos y libertades reconocidos en instrumentos internacionales pueden ser calificados como legítimos. Un ejemplo de este tipo se encuentra en el paradigmático caso *relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium*, en el cual la Corte Europea resolvió un recurso de un grupo de padres de familia belgas francófonos, que acusaron al gobierno de discriminar a sus hijos e impedir el goce de su derecho a la educación al establecer que la lengua oficial de los colegios públicos de la región en la que habitaban sería el flamenco, que era la lengua predominante. *La Corte encontró que la medida obedecía a un fin legítimo que era promover el conocimiento profundo de la lengua de la región, lo cual, en efecto, no suscita reparo alguno en términos de su adecuación al marco internacional de derechos.*

Relación razonable de proporcionalidad

El segundo paso del test, consistente en *la relación razonable de proporcionalidad* entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin buscado, implica determinar los perjuicios sufridos por quienes son excluidos de la medida y sopesarlos con la importancia del objetivo perseguido. Por ejemplo, en el ya referido caso contra Bélgica, la Corte Europea determinó que *la ley en cuestión era contraria al artículo 14 del Convenio porque a pesar de perseguir un fin legítimo exigía a quienes querían una educación en francés, sacrificios que resultaban desproporcionados en comparación con la importancia del objetivo perseguido, como el de verse obligados a asistir a colegios por fuera de la región en la que habitaban.*

Por otro lado, un tipo de medidas que suelen satisfacer los parámetros del test de igualdad son aquellas que establecen beneficios a favor de quienes se encuentran en una situación desfavorable y que se dirigen precisamente a corregir la desigualdad de facto. En la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, la Corte Interamericana indicó como ejemplos de distinciones objetivas y razonables aquellas “basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.[72] El caso Jacobs contra Bélgica, decidido por el Comité de Derechos Humanos, constituye un claro ejemplo de la admisibilidad de este tipo de medidas. En este, un hombre reclamó por una violación a su derecho a la igualdad, debido a la aplicación de una ley de cuotas que buscaba favorecer a las mujeres en el acceso a cargos públicos. El Comité determinó que la distinción hecha entre candidatos en función de su pertenencia a un sexo obedecía a un fin legítimo, a saber, promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos consultivos del Estado; y advirtió que existía una “relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo del criterio, a saber la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de los órganos consultivos, el medio utilizado y las modalidades antes descritas, por una parte y, por otra, uno de los objetivos fundamentales de la ley, que es que el Consejo Superior esté integrado por personas competentes”.[73]

Como puede advertirse en la breve explicación precedente, el test de igualdad facilita el análisis de la objetividad y razonabilidad de una distinción y proporciona pautas racionales que reducen el riesgo de que la determinación del carácter arbitrario de una medida sea, paradójicamente, el resultado de un juicio arbitrario.[74]

---

[71] El ejemplo corresponde a un caso decidido por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-230 de 1994.

[72] Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 89.

[73] Comité de Derechos Humanos. Jacobs contra Bélgica, Comunicación No.943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004, párr. 95.

[74] A nivel de derecho constitucional comparado la discusión sobre el test de igualdad es prolífica y puede enriquecer mucho el derecho internacional de los derechos humanos. Algunas jurisdicciones constitucionales han aplicado un test de igualdad que contiene más pasos y que tiene distintos niveles de intensidad, tal como lo mostraremos más adelante en el apartado sobre el alcance del artículo 24 en relación con grupos históricamente discriminados.

2. Los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el presente apartado exponemos los principales pronunciamientos de la Corte Interamericana en relación con el derecho a la igualdad y efectuamos algunos comentarios críticos a partir de los criterios metodológicos presentados en los apartados precedentes. De este modo, el lector podrá contar con un panorama general acerca del modo en que la Corte ha analizado los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en casos concretos.

El primer pronunciamiento de la Corte relacionado con la prohibición de discriminación es la *Opinión Consultiva sobre la propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización,* en el cual la Corte se refirió a una reforma constitucional que establecía requisitos más estrictos para que los extranjeros obtuvieran la nacionalidad costarricense por naturalización. En relación con el derecho a la igualdad, la Corte abordó tres aspectos. El primero era el establecimiento de condiciones preferentes para la adquisición de la nacionalidad en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles [por nacimiento] frente a los demás extranjeros. El segundo era la exigencia de demostrar saber hablar, escribir y leer el idioma español y aprobar un examen de la historia de Costa Rica y de sus valores para adquirir la nacionalidad. Y el tercero era la fijación de condiciones especiales de naturalización para la mujer extranjera que se casara con un costarricense, más no para el hombre extranjero. La Corte concluyó que no existía una discriminación contraria a la Convención en los dos primeros casos, mientras que esta sí se configuraba en el tercero.[75]

En relación con el primer tema, la Corte indicó:

> un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar.[76]

Frente a la segunda cuestión, advirtió que no resultaba "irrazonable e injustificado" que se exigiera un dominio del español y un conocimiento de la historia y los valores de Costa Rica, precisando que la estipulación de tales condiciones se situaba "*prima facie*, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad".[77] Finalmente, respecto al priviliegio femenino para la obtención de la nacionalidad mediante el matrimonio con un costarricense, la Corte indicó que el mismo se presentaba "como una consecuencia de la desigualdad conyugal"[78] y que por tanto resultaba discriminatoria.

Esta Opinión Consultiva resulta particularmente interesante no sólo porque en ella la Corte establece por primera vez el criterio de que no toda distinción constituye una discriminación, sino porque la Corte evalúa tres diferentes distinciones en relación con la regulación de un aspecto de la vida social en el que se suele reconocer un alto margen de discrecionalidad a los Estados, cual es el de la definición de los requisitos para que los extranjeros adquieran la nacionalidad. Pero además resulta interesante porque la Opinión tiene varios votos disidentes que critican la manera como la Corte evalúa la objetividad y razonabilidad de algunas de estas distinciones. Así, en relación con el requisito del dominio del idioma, uno de los jueces indicó que si bien encontraba razonable la exigencia de una aptitud para comunicarse

[75] *Cfr*, Corte IDH., Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 68.
[76] *Ibidem*, párr. 60.
[77] *Ibidem*, párr. 63.
[78] *Ibidem*, párr. 64.

en español como requisito para adquirir la nacionalidad costarricense, no ocurría lo mismo con extender la exigencia a hablar, leer y escribir el idioma ”porque no es razonable, en función de la naturaleza y fin del instituto de la nacionalidad ... limitar ese privilegio por razones de nivel educativo –que poco o nada tiene que ver con la incorporación a la comunidad nacional”.[79]

Aunque en esta Opinión la Corte fija las bases conceptuales para el análisis de casos relativos al derecho a la igualdad, la aplicación de los criterios de objetividad y razonabilidad a las distinciones planteadas no alcanza aún un nivel de desarrollo y precisión suficiente, lo cual puede explicar, en cierta medida, la diversidad de criterios que se evidencian en esta en relación con la validez de algunas distinciones. Por ejemplo, al referirse a la distinción entre centroamericanos, iberoamericanos frente a los demás extranjeros, la Corte no evalúa explícitamente la legitimidad del fin perseguido, ni la relación de razonabilidad entre dicho fin y el medio para alcanzarlo. Aunque puede inferirse de su planteamiento que el fin perseguido con la medida es facilitar el acceso a la nacionalidad a quienes tienen vínculos más estrechos y valores similares con los costarricenses, no resulta ni siquiera implícito el análisis sobre la proporcionalidad del trato preferente a favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento frente a los demás extranjeros. Igualmente, en relación con el requisito del idioma, la Corte concluye que es razonable, pero no especifica si la medida es adecuada y proporcionada en relación con el objetivo perseguido.

Sin embargo, en decisiones posteriores la Corte avanza en explicar con mayor precisión los criterios de razonabilidad y objetividad de las distincione. Así, en el ya mencionado *Caso Yatama vs. Nicaragua* relativo a las condiciones legales que finalmente limitaron las posibilidades de las comunidades indígenas de participar de modo efectivo en los procesos electorales, la Corte IDH analizó la razonabilidad y objetividad de haber aplicado a los indígenas los mismos requisitos establecidos para el resto de ciudadados, en lugar de haber otorgado un trato diferenciado que tuviera en cuenta sus particularidades. Tales requisitos implicaban que las agrupaciones indígenas tenían que constituirse como partido político y presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de la circunscripción territorial. La Corte indicó que el Estado no justificó que la medida atendiera a “un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo”, sino que por el contrario constituía una “restricción desproporcionada”[80] que implicaba “un límite innecesario al derecho a ser elegido”[81] de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas. Aunque la Corte no presenta estas consideraciones a través de la aplicación explícita del test de igualdad, las mismas recogen los elementos básicos de esta metodología, en tanto la Corte finalmente verifica la violación del derecho a la igualdad en la inexistencia de una conexión entre las restricciones y la satisfacción de un interés publico imperativo. En otras palabras, en la inexistencia de una relación de adecuación entre la medida y una finalidad legítima.

En otro caso más reciente, la Corte se acercó más a hacer explícitos los componentes del test, aunque tampoco lo aplicó de forma estricta. Se trata del *Caso Apitz Barbera vs. Venezuela* en el cual la Corte efectuó un análisis de razonabilidad de la relación entre medios y fines. Como lo advertimos en la parte inicial de este comentario, en este caso la Corte se pronunció sobre la situación de tres de los cinco magistrados de una Corte de Venezuela, quienes fueron destituidos en un proceso disciplinario por haber adoptado una sentencia frente a la cual se declaró la existencia de un error judicial inexcusable. Aunque la decisión fue adoptada unánimemente por los cinco magistrados y todos fueron sometidos al procedimiento disciplinario, la sanción de destitución sólo fue impuesta a tres de ellos. La razón por la cual el Estado no aplicó la sanción a dos magistradas es que estas habían cumplido los requisitos para jubilarse y que según una doctrina de la Sala Constitucional, en aras de resguardar el derecho a la jubilación, no podía imponerse la sanción de destitución. La Corte indicó que “[l]a cuestión que se plantea entonces es si el cumplimiento de los requisitos de jubilación introducía una diferencia

[79] *Ibidem*, Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E., párr. 25.
[80] *Ibidem*, párr. 223.
[81] *Ibidem*, párr. 219.

razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma".[82] Y al evaluar la relación entre el medio y el fin, determinó *"que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución*",[83] de tal modo que *"el hecho de que algunos de ellos* [de los magistrados] *cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación disciplinaria aplicada, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces"*.[84]

Aunque esta decisión de la Corte se acerca más a una aplicación del test de igualdad, la misma resulta problemática al menos por dos razones. La primera es que aunque la Corte determinó que no había una relación razonable entre el medio y el fin, lo cual implica que la distinción en la aplicación de la sanción fue arbitraria y, en tal sentido, discriminatoria, la Corte no declaró la violación del artículo 24, bajo el argumento de que este no "otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas".[85]

La segunda tiene que ver con el modo en que la Corte abordó el análisis de la relación entre el medio y el fin, en tanto sopesó la diferenciación con base en el requisito de jubilación (medio), pero no en relación con el fin perseguido con el trato distintivo, sino con el fin de la norma sancionatoria. En este sentido, el análisis no se realizó respecto del fin de garantizar el goce de la jubilación a los magistrados que habían cumplido ya los requisitos para acceder a ella –que es el fin perseguido en este caso con la medida de diferenciación– sino respecto del fin de asegurar la idoneidad de los jueces –que es el buscado por la norma sancionatoria–. El análisis de la relación razonable de proporcionalidad, en los términos que lo exige el test de igualdad, implicaba determinar cuál era la conexión entre la imposición de una sanción de destitución y el goce de la jubilación. Aunque la Corte no planteó directamente esta cuestión, sí indicó en su fallo que era posible aplicar simultáneamente la sanción de destitución y conceder la jubilación.[86] Así las cosas, resulta claro que la distinción en la aplicación de la sanción no correspondía a un criterio objetivo y razonable, en tanto no existía ninguna conexión entre el fin perseguido y la medida. Por esta vía de argumentación, la violación al artículo 24 resultaba más que evidente.

Finalmente, en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile,*[87] que a la fecha en la que se escribe este comentario al artículo 24, constituye el último pronunciamiento de la Corte IDH en materia de prohibición de discriminación, la Corte aplica con mayor claridad los criterios para evaluar la validez de la distinción. De hecho, puede decirse que en este caso la Corte aplica de modo implícito la metodología de análisis escalonado propio del test de igualdad.

El caso se refiere a la remoción de la custodia de las hijas de la señora Karen Atala y el posterior otorgamiento de la tuición provisional a su padre, en razón de la orientación sexual de aquella y de su convivencia con una pareja del mismo sexo. Adicionalmente, la Corte se pronunció sobre un proceso disciplinario adelantado contra la señora Atala en razón de su investidura como jueza, proceso en el cual se recopiló información relacionada con su orientación sexual.

En relación con el primer punto, la Corte comenzó por identificar cuál era el fin perseguido con la remoción de la custodia de las menores. De conformidad con las pruebas aportadas y con los alegatos del Estado, la Corte determinó que el fin en cuestión era la protección del interés superior de las niñas e indicó que éste

---

82 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*.Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 196.

83 *Ibid.* Énfasis añadido.

84 *Ibid*. Énfasis añadido.

85 *Ibidem*, párr. 200. Para una crítica de esta determinación de la Corte Interamericana, ver González, Marianne y Parra, Óscar. *Op. cit.,* pp. 142-145.

86 *Ibidem*, párr. 198.

87 Sobre derecho a la vida privada en relación con este caso, véase también el comentario al artículo 11, de Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, el cual forma parte de esta obra.

> es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.[88]

Sin embargo, pese a la legitimidad del fin perseguido, la Corte sostuvo que no existía una relación de adecuación entre el logro de este fin y el medio para alcanzarlo, a saber, la remoción de la tuición de las menores en razón de la orientación sexual de la madre. En palabras de la Corte, "[u]na determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño".[89] Según la Corte, la sola referencia a este fin, "sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona".[90] Y puntualizó que "no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños".[91]

En relación con la investigación disciplinaria adelantada en contra de la jueza Atala, la Corte indicó que no resultaba claro cuál era el fin perseguido con la indagación respecto de la orientación sexual de la jueza, pero que se podía inferir del informe rendido en el marco de dicha investigación que aquella tenía por objeto "proteger la 'imagen del poder judicial'".[92] Al respecto, la Corte argumentó lo siguiente:

> la alegada protección de la "imagen del poder judicial" no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, *el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto*. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la "imagen del poder judicial" y la orientación sexual de la señora Atala. *La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual*.[93]

En este último pronunciamiento en materia de igualdad, la Corte avanzó notoriamente en la decantación de los parámetros metodológicos para definir cuándo una distinción comporta una vulneración del derecho a la igualdad, así como en aplicarlos de modo más preciso al caso concreto. En efecto, en este fallo la Corte presenta de manera más esquemática el análisis de los fines perseguidos con el trato distintivo, así como de la relación de adecuación entre tales fines y la medida controvertida, lo cual constituye a nuestro modo de ver un avance en la racionalización de los criterios de decisión en este tipo de casos.

IV. El artículo 24 en relación con grupos históricamente discriminados

Nos hemos referido hasta aquí a la noción de discriminación como distinción arbitraria. Y hemos advertido también el modo en que en la época contemporánea, tanto el concepto de igualdad ante la ley, como el de igual protección de la ley, se han convertido en categorías indistintas la una de la otra que

[88] Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párr. 108.
[89] *Ibidem*, párr. 111.
[90] *Ibidem*, párr. 110.
[91] *Ibidem*, párr. 111.
[92] *Ibidem*, párr. 221.
[93] *Ibid*. Énfasis añadido.

además han terminado siendo definidas a partir de la idea de no discriminación. Sin embargo, algunos autores consideran que el término discriminación tiene una dimensión específica que lo distingue del concepto general de igualdad. Por ejemplo, Christian Courtis indica que "[c]uando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal",[94] sino sólo a aquella que se basa en "la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social".[95] De hecho, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha definido la discriminación como:

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[96]

Bajo esta perspectiva, se entiende que *la discriminación opera cuando la distinción se basa en un criterio prohibido.*[97] Estos criterios prohibidos, conocidos en la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada como categorías sospechosas de distinción, están incluidos en varias cláusulas de igualdad. Así por ejemplo, el artículo 26 del PIDCP, dispone que "la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". En sentido similar, el artículo 14 del CEDH establece que "[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

En el contexto interamericano, es el artículo 1.1 el que incluye una lista de criterios prohibidos, no así el artículo 24. En este sentido, un primer aspecto que es importante dilucidar en aras de determinar cuál es el alcance del artículo 24 frente a la protección de grupos históricamente discriminados, es el de la relación entre el artículo 24 y las categorías sospechosas de distinción mencionadas en el artículo 1.1. De otro lado, es preciso identificar cuáles son las obligaciones específicas que se derivan del artículo 24 para los Estados partes en relación con la situación de dichos grupos. De estos dos aspectos nos ocuparemos a continuación.

1. El artículo 24 y los criterios prohibidos de distinción

Pese a que en la Convención Americana la referencia a los *criterios prohibidos de distinción* se encuentra en el artículo 1.1, y aunque el término discriminación contenido en el artículo 24 ha sido definido preferentemente como una distinción arbitraria que no necesariamente involucra a grupos usualmente excluidos o marginados, la Corte Interamericana también ha señalado que "[e]l sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado… a la luz de lo que menciona el artículo 1.1". En este sentido, debe entenderse que el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1 que son, a saber, "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

---

94 Courtis, Christian, *op. cit.,* p. 113.

95 *Ibid*.

96 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

97 Weiwei, Li. *Op. cit.,* p. 8.

Los criterios prohibidos tienen al menos cuatro características. La primera es que *tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona* y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que *están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación.* La tercera es que *identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad* para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la cuarta es que *no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.*

Es importante anotar que *el artículo 1.1 no contiene una lista cerrada de criterios prohibidos de distinción*.[98] En efecto, además de incluir categorías específicas como la raza, el sexo y el origen nacional, el artículo 1.1 alude a "cualquier otra condición social". De este modo, la lista de categorías sospechosas permanece abierta a la inclusión de otras que no son expresamente mencionadas. Esto es importante en la medida en que tanto la evolución de los estándares de derechos humanos, como la transformación de la vida social conducen a que criterios que en el pasado parecían neutrales o que simplemente no existían, se tornen sospechosos. Un ejemplo es la situación de discapacidad. Cuando se aprobó la Convención Americana no se reconocía como un criterio discriminatorio, pero hoy es universalmente reconocido como tal. Otro ejemplo es el ser portador del VIH, un criterio que antes no se consideraba sospechoso pues no existía una situación de marginación asociada a esta enfermedad que antes era desconocida.

Este carácter abierto de la cláusula de los criterios prohibidos de distinción fue resaltado por la Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* en el cual especificó que la *orientación sexual constituye una categoría de discriminación prohibida.* En este importante fallo la Corte indicó que "[l]os criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas".[99] Y advirtió que "al interpretar la expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano".[100]

De conformidad con estos presupuestos, y luego de dar cuenta de las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género,[101] así como de las decisiones tomadas tanto en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos,[102] como por el TEDH[103] en las cuales se ratifica que la orientación sexual constituye un criterio prohibido de distinción, la Corte declaró lo siguiente:

---

98 Para una crítica de la jurisprudencia interamericana en relación con los criterios prohibidos de distinción, ver: Dulitzky, Ariel. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana, *Anuario de Derechos Humanos No. 3*, Chile, 2007.

99 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 85.

100 *Ibidem*, párr. 84.

101 *Cfr*. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.

102 *Cfr*. Comité de Derechos Humanos, Toonen Vs. Australia, Comunicación No. 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

103 TEDH. Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28.

> la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.[104]

Ahora bien, la inclusión de los criterios prohibidos de distinción en el contenido del artículo 24 tiene dos consecuencias directas. La primera es que extiende la prohibición de discriminación por tales criterios prevista en el artículo 1.1 respecto de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, a todos los derechos extraconvencionales y en general a todo el ámbito normativo del derecho interno de los Estados parte. La segunda es que implica la incorporación de un *test de igualdad más estricto* para evaluar las distinciones fundadas en las categorías sospechosas.

En efecto, *la capacidad de diferenciación de las autoridades se encuentra severamente limitada cuando están en juego los criterios prohibidos de distinción. Tales casos, de hecho, comportan una presunción de discriminación que obliga a las autoridades a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no sólo debe ser legítimo, sino imperioso*. En el *Caso Atala Riffo*, la Corte IDH indicó que "[t]ratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio".[105] En la misma línea argumentativa, la Comisión Interamericana, refiriéndose a las distinciones basadas en el sexo, ha señalado que

> Las distinciones estatutarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Lo que la Corte y la Comisión Europeas han afirmado también rige para las Américas, es decir, que dado que "el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante", … "tendrían que mediar razones de mucho peso" para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo.[106]

De acuerdo con lo anterior, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de los criterios prohibidos de distinción, *es al Estado al que le corresponde probar que aquélla no constituye una discriminación.* Para hacerlo, debe ofrecer razones de mucho peso a través de las cuales demuestre que la distinción obedece a una *finalidad no solo legítima, sino imperiosa;* que es *adecuada y necesaria* para lograr esa finalidad y que además es *estrictamente proporcional.*

La idea de la necesidad de aplicar diversos niveles de escrutinio judicial en casos de igualdad proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Así, en el *Caso Estados Unidos vs. Caroline Products* (1938) la Corte advirtió que existían distintos niveles de escrutinio en el juicio de constitucionalidad y que en los casos relacionados con minorías que no tienen la protección normal del proceso político, debería establecerse una excepción a la presunción de constitucionalidad y aplicar un escrutinio más estricto.[107] Posteriormente, en el *Caso Korematsu vs. Estados Unidos (1944)* la Corte estableció un test de razonabilidad con escrutinio estricto según el cual cuando la diferenciación se funde en criterios que la Constitución proscribe, como la raza o el origen étnico, esta solo es constitucional si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso.[108]

---

[104] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, párr. 90.

[105] *Ibidem*, párr. 124.

[106] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 4/01. Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 36.

[107] U.S. Supreme Court. United States V. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, April 25, 1938.

[108] En este caso la Corte se refierió a la constitucionalidad de la Executive Order 9066, que dispuso que los japoneses americanos debían ser internados en campos especiales (War Relocation Camps) durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte aplicó un test estricto, pero determinó que la disposición era constitucional, siendo uno de los pocos casos en que ha llegado a tal decisión luego de aplicar un escrutinio estricto. U.S. Supreme Court. Korematsu vs. United States, 323

La jurisprudencia de la Corte Europea no tiene propiamente distintos test de igualdad, pero ha señalado que se deben presentar razones de mucho peso para justificar una diferencia de trato que se funde en el sexo[109] o en el nacimiento extramarital.[110] Igualmente, ha señalado que el margen de apreciación de los Estados para establecer un tratamiento jurídico distinto a las personas en situación de discapacidad se encuentra fuertemente reducido.[111]

A nivel del derecho constitucional de la región, la Corte Constitucional colombiana ha retomado tanto los elementos del test de proporcionalidad desarrollado en el ámbito europeo, como la idea de los diversos niveles de escrutinio del test de igualdad propia de la jurisprudencia norteamericana, y ha adoptado un "juicio integrado de igualdad". Este juicio incorpora la metodología de análisis escalonado propuesta por la Corte Europea, pero modula la rigidez de cada uno de los pasos en función de criterios como la naturaleza del derecho afectado con el trato desigual y la posición de las personas que padecen este trato diferenciado. De este modo, la Corte colombiana realiza un escrutinio más estricto cuando el trato desigual afecta el ejercicio de un derecho constitucional fundamental o cuando se funda en un criterio sospechoso de distinción.[112]

En síntesis, es necesario graduar la intensidad del test en la medida en que las autoridades no tienen el mismo nivel de libertad para realizar distinciones y clasificaciones. Cuando esta libertad es amplia, el juicio de igualdad debe ser deferente para respetar esa margen de configuración que tiene la autoridad. Pero si el propio derecho le ha restringido a la autoridad esa capacidad de diferenciación, diciéndole que en principio no puede tratar de manera distinta a las personas por motivos como la raza, el sexo o la orientación sexual, la libertad originaria de la autorirdad se ve fuertemente restrignida y por eso el control judicial tiene que ser más estricto.

2. Las obligaciones de los Estados frente a grupos históricamente discriminados

De conformidad con lo descrito hasta este punto, resulta claro que en virtud del artículo 24 surge para los Estados la obligación de no realizar distinciones arbitrarias, así como la de establecer tratos diferenciados cuando estos resulten necesarios para evitar la profundización o la generación de desigualdades. Así por ejemplo, los Estados tienen la obligación de otorgar a los pueblos indígenas un trato acorde con su diversidad.

Una cuestión adicional es si el mandato de igual protección de la ley implica que el Estado asuma un rol aún más activo para asegurar el disfrute pleno de los derechos y libertades a grupos sociales que históricamente han sido discriminados y han padecido la exclusión y la marginación. En este sentido, se trata de determinar si el artículo 24 impone a los Estados la obligación de tomar medidas especiales orientadas a superar condiciones estructurales de desigualdad, para que así la igualdad sea real y efectiva.

Algunos instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la discriminación reconocen explícitamente que las medidas especiales de protección que disponen un trato preferente de grupos en situación de desventaja no desconocen el principio de no discriminación. Así, el Convenio OIT 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958) dispone que "las medidas

U.S 214, December 18, 1944.

[109] TEDH. Caso Abdulaziz vs. United Kingdom, 25 de abril de 1985.

[110] TEDH. Caso Inze vs. Austria, 28 de octubre de 1987.

[111] TEDH. Caso Glor vs. Switzerland, 30 de abril de 2009.

[112] Ha dicho la Corte colombiana: "si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la 'adecuación' deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la 'indispensabilidad' del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional". Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-093 de 2001.

especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se considerarán como discriminatorias" (Artículo 5.1).[113] Igualmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer dispone que "[l]a adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención…" (Artículo 4.1). Y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial consagra una norma similar al indicar que

> Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.(Artículo 1.3).

Tal como lo indicamos en un punto anterior, la Corte Interamericana ha señalado también la admisibilidad de las medidas especiales para corregir desigualdades de facto, al reconocer que las distinciones que éstas establecen son objetivas y razonables.[114] La pregunta que persiste es, si además de admisibles, este tipo de medidas son exigibles.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial reconocen la compatibilidad de las medidas especiales con el principio de igualdad y no discriminación, y demandan su adopción para garantizar a las mujeres y a los grupos raciales discriminados el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.[115] Igualmente, el Comité de Derechos Humanos, al referirse a la prohibición de discriminación en el PIDCP, señaló que

> el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población.[116]

[113] Igualmente dispone que "[t]odo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial" Convenio OIT 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958, artículo 5.2.

[114] Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 89.

[115] La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer dispone que: "[l]os Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre" (Artículo 3). De manera más explícita, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que "[l]os Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron" (Artículo. 2.2).

[116] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 10.

En el ámbito interamericano, la Corte también se ha referido a la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir desigualdades. Así, en la Opinión Consultiva sobre los migrantes indocumentados, advirtió que "los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas".[117] Asimismo, la Corte ha hecho alusión a esta obligación en casos relacionados con grupos específicos como las comunidades indígenas o las personas en situación de discapacidad.[118] Por ejemplo, en el *Caso Yakye Axa*, la Corte indicó que "el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria".[119] Igualmente, en el *Caso Ximenes Lopes*, la Corte señaló que "[l]as personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad".[120]

Adicionalmente, en los casos en los cuales la Corte ha constatado la existencia de una discriminación estructural en contra de ciertos grupos, ha ordenado medidas de reparación orientadas a transformar esta situación. Así, en el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, en el cual la Corte se refirió a la responsabilidad del Estado por la desaparición y posterior asesinato de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, la Corte indicó que dado que estos actos se enmarcaban en un contexto de discriminación estructural en contra de las mujeres, "las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo".[121] En el mismo sentido, en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile,* luego de constatar que los actos discriminatorios en contra de la señora Atala y sus hijas "se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales",[122] determinó que "algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI".[123]

De conformidad con lo anterior, el derecho a la igual protección sin discriminación implica no sólo la proscripción de todo trato arbitrario, sino que también impone a los Estados el deber de considerar las condiciones particulares de desventaja de ciertos grupos que han sido históricamente discriminados para adoptar acciones positivas orientadas a que la igualdad sea para estos real y efectiva.

---

[117] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

[118] Courtis, Christian*. Op. cit.,* pp. 127 – 132.

[119] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párr. 162.

[120] Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Párr. 105.

[121] Corte IDH*. Caso González y otras ("Campo Algodonero").* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

[122] Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chil*e, párr. 267.

[123] *Ibid*.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con relación al derecho a la protección judicial

Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Corte IDH. *Caso García y Familiares vs. Guatemala.* Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258.

Con relación a la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Corte IDH. *Caso García y Familiares vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Van Diejk, Pieter y otros (Eds). Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Antwerp: Intersentia Publishers, 2006.

Artículos y publicaciones académicos

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary.* New York: Oxford University Press, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional.* Madrid: Instituto de Desarrollo Europeo e Integración Regional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. WP IDEIR no. 9 (2011).

Fundación para el Debido Proceso Legal. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. Washington DC: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Santiago de Chile: Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2003.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile No. 5 (2009).

Índice

I. Introducción

El presente capítulo sistematiza los estándares establecidos por la Corte IDH respecto al contenido, exigencias y alcances del derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la CADH. Al igual que el artículo 8 de la Convención (Garantías Judiciales), el artículo 25 consagra también el derecho de acceso a la justicia y, por ende, la correspondiente obligación estatal de garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia para hacer valer sus derechos.[1]

Como lo señaló el ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana, Antonio Cançado Trindade, este derecho tiene un origen latinoamericano que es poco conocido. En efecto, su consagración original se encuentra en la DADDH de abril de 1948 (artículo XVIII), luego de lo cual fue adoptado en la DUDH de diciembre de 1948 (artículo 8) y, a partir de ello, incluido en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 13), el PIDCP (artículo 2.3), y en la Convención Americana.[2]

No obstante la referida particularidad y distinción del artículo 25, conforme fue resaltado en el Comentario al artículo 8, corresponde hacer mención al extenso debate que surge de la jurisprudencia y doctrina en cuanto a la vinculación entre ambos artículos, y a la necesidad o no de analizarlos de manera conjunta cuando se alegue una violación de derechos humanos en un caso. Pese a que desde su primera sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* sobre excepciones preliminares, el propio Tribunal señaló que los Estados Parte de la Convención "se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)"[3], es significativo el número de fallos en los que la Corte ha desarrollado de manera conjunta e indistinta las consideraciones relativas a ambos derechos. Sin embargo, la jurisprudencia presenta también una serie de casos en los que el Tribunal ha realizado una valoración independiente de los derechos concernidos, sin que la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por la violación de la protección judicial conlleve necesariamente la violación del derecho a las garantías judiciales o viceversa. Por tanto, tal como se indicó, encontramos una posición crítica en la doctrina, surgida incluso de los votos de la ex jueza y ex presidenta del Tribunal, Cecilia Medina Quiroga, que afirma que los referidos derechos son de distinta naturaleza y su relación es una de substancia a forma[4], de manera que "[s]i se analiza el artículo 25 con los parámetros del artículo 8 […] se desvirtúa el sentido del primero".[5]

---

[1] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 169; *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 106, y *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 61.

[2] Corte IDH. Voto del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 19. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua.* Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45.

[3] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.* Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012, párr. 155.

[4] Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 148.

[5] Votos de la jueza Cecilia Medina Quiroga, en los casos Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; *Caso López Álvarez vs. Honduras*.

La complejidad de la presentación de los estándares específicos del derecho a la protección judicial se torna mayor ya que, en un importante número de fallos, la Corte Interamericana ha analizado en un mismo apartado y, en algunos casos, sin especificar distinciones, el artículo 25 y el artículo 7.6 de la Convención Americana (Derecho a la Libertad Personal) según el cual "[t]oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales […]".[6] De esta manera, con seguridad, será posible identificar estándares compartidos por el derecho a la protección judicial y el derecho a la libertad personal ya que, como lo afirmó el ex juez y ex presidente de la Corte Sergio García Ramírez en atención a un caso en el que se analizaba la inobservancia del artículo 25 desde la perspectiva de la violación al artículo 7.6, pese a la separación conceptual, no se pude negar "la estrecha relación que existe entre algunos bienes, los correspondientes derechos y los sucesos en que se lesiona[n] aquéllos y se vulneran estos".[7]

Por otro lado, en el presente capítulo se ha considerado pertinente presentar los estándares jurisprudenciales desarrollados por la Corte respecto de la obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos. Ello, porque si bien se trata de una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana[8], de conformidad con el artículo 1.1 de la misma, la obligación de investigar debe ser llevada a cabo por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso[9] y las exigencias del derecho a la protección judicial establecidas en los artículos 8 y 25 de la misma, respectivamente.

En consecuencia, los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, en general, cualquier autoridad pública[10] podrán encontrar a continuación los criterios que, en aplicación del control de convencionalidad, deben implementar en el ejercicio de sus funciones.[11] Asimismo, los miembros de organizaciones no gubernamentales, defensores, presuntas víctimas y, en general, todo usuario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos podrá identificar en este texto la interpretación y alcances con los que la Corte Interamericana ha dotado de contenido al derecho a la protección judicial, así como al deber de investigar las violaciones de derechos humanos.

A partir de lo expuesto, el presente capítulo se estructura en seis apartados: el primero establece las consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial; el segundo se refiere a las exigencias

Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

6 El artículo 7.6 de la Convención Americana dispone que "[t]oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

7 Corte IDH. Voto del juez Sergio García Ramírez, párrs. 23-25. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166 y 176, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 130.

9 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 106, y *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 178.

10 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

11 Para ejemplos de la aplicación del control de convencionalidad, véase, Fundación para el Debido Proceso Legal. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. Washington DC: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009. Asimismo, Corte IDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Diálogo Jurisprudencial. México D.F. UNAM/IIDH, desde 2006.

específicas del derecho a un recurso sencillo, rápido y/o efectivo; el tercero presenta los alcances del amparo y el *hábeas corpus* como manifestaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo; el cuarto desarrolla los compromisos estatales con relación al respeto y garantía del derecho a la protección judicial; el quinto expone las consideraciones especiales del derecho a la protección judicial respecto a determinados derechos reconocidos en la Convención, y el sexto desarrolla la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial.

II. Consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH)

La Corte ha declarado que el derecho a la protección judicial, "constituye uno de los pilares básicos" de la Convención Americana y del propio estado de derecho en una sociedad democrática.[12] El reconocimiento de dicho derecho a través del artículo 25 "innov[ó] la normativa internacional existente con anterioridad a la adopción de la Convención Americana en tanto establece un recurso que debe ser judicial", a diferencia de lo que dispone el artículo 2.3.a) del PIDCP, que sólo obliga al Estado a proveer un recurso efectivo para "[t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el [tratado] hayan sido violados".[13]

De acuerdo con las actas y documentos de la "Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos", que recoge los trabajos preparatorios de la Convención, el proyecto de artículo 25, identificado en ese momento con el número 23,[14] incluía un único párrafo que, posteriormente, fue precisado y al cual se añadió un segundo párrafo sobre los compromisos del Estado en lo que concierne a este derecho. A través del registro de la intervención del Presidente de la Comisión "I" en dicha Conferencia, grupo responsable del debate del actual artículo 25, quedó en evidencia que el proyecto de artículo suponía "la consagración del clásico [d]erecho de [a]mparo".[15] Sin embargo, conforme lo señaló la jueza Medina Quiroga en su voto parcialmente disidente a la sentencia del *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de la lectura integral de los referidos trabajos preparatorios "puede desprenderse que esta disposición no sólo establece el recurso de amparo –simple y rápido– sino también un segundo tipo de recurso que, aunque no sea simple y rápido, sea efectivo".[16]

En efecto, la Corte ha señalado que el texto del artículo 25 "es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención".[17] Si bien la primera versión de esta disposición se limitaba a consagrar la protección judicial sólo para los derechos establecidos en la Constitución y las leyes del país respectivo,[18]

---

12 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82, y *Caso Mohamed vs. Argentina.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 82.

13 Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Santiago de Chile: Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2003, p. 367.

14 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), p. 22.

15 *Ibidem*, p. 261.

16 Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 3. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *op. cit.*

17 Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 32, y Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.,* párr. 23.

18 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Op. cit*, p. 22. Ver, asimismo, Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 1. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit.*

durante los trabajos preparatorios, el gobierno de Chile planteó que el artículo "e[ra] insuficiente" al no referirse a los derechos reconocidos por la Convención, y propuso la respectiva modificación sobre la base de la formulación del citado artículo 2.3 del PIDCP,[19] la cual fue finalmente aprobada.

Asimismo, el Tribunal ha precisado que la protección judicial supone, "en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales".[20] De esta manera, al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido que "la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir [ante estos]".[21] Es decir que, "además de la existencia formal de los recursos, éstos de[ben dar] resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes".[22] Consecuentemente, el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 "es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo".[23] Así, no basta con que los recursos estén previstos por la Constitución o la ley o con que sean formalmente admisibles, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del artículo 25.[24]

Por tanto, y como en el caso del derecho a las garantías judiciales,[25] la Corte Interamericana ha señalado que "[e]l artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia", "norma imperativa de Derecho Internacional",[26] entendido como aquél que "no se agota con el trámite de procesos internos, sino [que] debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima [o sus familiares] a obtener un control jurisdiccional que permita determinar si los actos de las autoridades [respectivas] han sido adoptados al amparo de [sus] derechos y garantías mínimas".[27]

Adicionalmente, en el *Caso Castañeda Gutman vs. México*,[28] el Tribunal ha considerado que, precisamente por consagrar el derecho de acceso a la justicia, el artículo 25 de la Convención puede ser vulnerado "independientemente de que exista o no una violación al derecho reclamado o de que la situación que le servía de sustento se enc[uentre] dentro del campo de aplicación del derecho invocado".[29] En razón de ello, con independencia de si la autoridad judicial declara infundado el reclamo de la persona que interpone un recurso por no estar cubierto por la norma que invoca, o no encuentra una violación del derecho que se alega vulnerado, "el Estado está obligado a proveer recursos efectivos

---

19 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *op. cit.* p. 41.

20 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, *op. cit.*, párr. 91, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 261.

21 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párrs. 66 a 68, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 261 y 263.

22 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 23, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala. Op. cit.*, párr. 142.

23 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24; *Caso Castañeda Gutman vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 100, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 261.

24 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrs. 185-186, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 142.

25 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 52, y *Caso Castañeda Gutman vs. México*, *op. cit.*, párr. 101.

26 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

27 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chil*e. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 188.

28 Sobre Caso Castañeda Gutman vs México, derechos políticos y acceso a la justicia, vease teambién el comentario al artículo 23 de José Luis Caballero Ochoa y Miguel Rábago Dorbecker, de esta misma obra.

29 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 52, y *Caso Castañeda Gutman vs. México, op. cit.*, párr. 101.

que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos". En ese sentido, para la Corte sería "irrazonable" establecer dicho recurso "si se exig[e] a los justiciables saber de antemano si su situación será estimada por el órgano judicial como amparada por un derecho específico".[30]

Por todo lo expuesto, corresponde resaltar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a la protección judicial se encuentra íntimamente ligado con las obligaciones generales del Estado reconocidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención, que "atribuyen funciones de protección al derecho interno de los Estados Part[e]".[31] Así, la Corte ha identificado dos responsabilidades concretas del Estado en relación con el derecho a la protección judicial:

> *La primera obligación*: "consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas".[32] Promover la instancia judicial es requisito necesario para la aplicación del artículo 25.[33] De este modo, la inexistencia de un recurso efectivo con dichas características[34] o "[c]ualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una transgresión de la Convención.[35]
>
> A efectos de cumplir con esta obligación convencional, la Corte ha establecido que "los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos", de manera que "[s]i una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo".[36] En esa línea, el Tribunal ha destacado "la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso".[37]
>
> No obstante ello, cabe destacar lo señalado por el Tribunal en la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, en cuanto a que "los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos", sean de carácter judicial o de cualquier otra índole, "[p]or razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y [para] la efectiva protección de los derechos de las personas". De esta manera, la Corte ha considerado que "si bien [lo]s recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado".[38]

---

[30] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México. Op. cit.,* párr. 100.

[31] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo, *op. cit.,* párr. 83; *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No, 35 párr. 65, y *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párrs. 95 y 104.

[32] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y *Caso Mohamed vs. Argentina*. *Op. cit.,* párr. 83.

[33] Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 104.

[34] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.,* párrs. 23 y 24, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Op. cit.,* párr. 261.

[35] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. *Op. cit.,* párr. 52.

[36] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador. Op. cit.,* párr. 131, y *Caso Castañeda Gutman vs. México*. *Op. cit.,* párrs. 78 y 106.

[37] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. *Op. cit.,* párr. 110.

[38] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 126.

Asimismo, la Corte ha establecido que si un determinado recurso es resuelto en contra de quien lo intenta, ello "no conlleva necesariamente una violación del derecho a la protección judicial".[39] De esta manera, dicho derecho no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido, sino que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere.[40]

La segunda obligación: "garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos".[41] Ello, porque "[e]l proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de [éste]".[42]

Ambas responsabilidades son exigibles para todo recurso judicial regulado por el artículo 25 de la Convención.

III. Derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales

La formulación original del derecho a la protección judicial en el anteproyecto de la Comisión Interamericana establecía que "[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido [...]",[43] es decir, que el recurso en cuestión debía cumplir las tres condiciones de manera conjuntiva. En sus observaciones y comentarios al proyecto, el gobierno de la República Dominicana hizo notar que "p[odían] darse casos en que la protección es 'efectiva' aunque no sea ni sencilla ni rápida", en cuyo caso "[e]l único criterio necesario es que el recurso sea 'efectivo'". Frente a ello propuso un texto que, posterior al debate de los respectivos delegados, fue aprobado conforme a la redacción actual del párrafo 1 del artículo 25.[44]

Sin embargo, conforme destaca claramente la jueza Medina Quiroga, la discusión en los trabajos preparatorios de la Convención "no fue […] zanjada con una opinión clara, sino que se dejó así, quizás sin advertir las consecuencias que podía traer". Por ello, existen "dos maneras de leer el artículo 25",[45] y para ambas debe exigirse que el recurso sea efectivo, es decir, conforme lo indicó el Tribunal en su sentencia de fondo en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que sea "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido".[46] Así, tanto el recurso sencillo y rápido, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos.

1. La sencillez y rapidez del recurso judicial

El artículo 25 de la Convención regula el recurso sencillo y rápido que ampara a los lesionados por las violaciones de sus derechos.[47]

[39] Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 128, y *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay.* Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 201.

[40] Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, p. 372. Asimismo, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Hondura*s. Fondo, *op. cit.*, párrs. 67 y 68.

[41] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 65, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 209.

[42] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 73, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Op. cit.*, párr. 209.

[43] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 22.

[44] *Ibidem*, p. 66.

[45] Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 4. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *op. cit.*

[46] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 66, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 107.

[47] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C

El Tribunal no ha desarrollado un concepto específico sobre la sencillez del recurso. No obstante, frente a los hechos de cada caso, la Corte ha analizado los recursos concernidos concluyendo, previa indicación de sus características, si son sencillos o no a la luz de la Convención Americana.

Con relación a la rapidez, el Tribunal ha señalado que el recurso debe resolverse "dentro de un plazo que permita amparar la violación […] que se reclama".[48] Asimismo, conforme se anticipó en la introducción al presente capítulo, en ciertas oportunidades la Corte ha tomado como base el artículo 7.6 de la Convención Americana, sobre el derecho a la libertad personal, que exige proteger a través de un recurso que sea decidido por un juez o tribunal competente "sin demora". Adicionalmente, cabe indicar que el Tribunal ha evaluado la rapidez mediante el análisis de las exigencias del "plazo razonable" reconocido en el artículo 8 de la Convención.[49] Sobre esto último, la jueza Medina Quiroga ha sido enfática al señalar que "[no] est[á] de acuerdo en que, unificando derechos", en este caso la protección judicial y las garantías judiciales, "se fortale[zca] el sistema[interamericano, ya que e]l desarrollo de cada derecho confiere una gama mayor de posibilidades a las personas".[50]

En todo caso, el recurso judicial que se adecúe a las exigencias de sencillez y rapidez debe ser, conforme se ha indicado líneas arriba, también efectivo, en los términos desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal.

2. La efectividad del recurso judicial

El artículo 25 de la Convención Americana consagra el deber estatal de proveer recursos internos eficaces,[51] incorporando "el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar [los] derechos",[52] de manera que, conforme ha sido señalado, no basta que el recurso esté previsto formalmente,[53] sino que debe ser "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"[54] dando respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes,[55] lo cual no implica evaluar dicha efectividad en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la víctima.[56] Todo ello es exigible de un recurso no sólo en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales.[57]

Concretamente, cuando la Corte ha evaluado la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa,[58] ha indicado que se debe observar si las decisiones han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos; a asegurar la no repetición de los actos lesivos, y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.[59]

No. 30, párr. 89.

48 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 245.

49 Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 5. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *op. cit.*

50 *Ibid.*

51 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo, *op. cit.*, párr. 103.

52 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24.

53 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 23; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 142.

54 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 66, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala. Op. cit.*, párr. 142.

55 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 107.

56 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 67; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 128, y *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 201.

57 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.*, párr. 186.

58 Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs Colombia*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No 134, párr. 210, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 108.

59 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 108.

Además, con relación a la efectividad, el Tribunal ha resaltado que la obligación del artículo 25 supone que el recurso sea "adecuado", lo cual significa que la función de éste dentro del sistema del derecho interno debe ser "idónea" para proteger la situación jurídica infringida[60] o para combatir la violación de que se trate.[61] Así, por ejemplo, un procedimiento de orden civil como la presunción de muerte por desaparición, cuya función es, *inter alia*, que los herederos puedan disponer de los bienes del desaparecido no es adecuado para hallar a la persona ni para lograr su liberación si está detenida[62] y, por ende, tampoco es efectivo para dichos fines. Consecuentemente, es posible observar en la jurisprudencia de la Corte que, previamente a la verificación de la eficacia de un recurso, el Tribunal ha analizado si el mismo fue adecuado.[63] En sentido contrario, la Corte también ha estimado que si bien un recurso pudo ser adecuado para proteger la situación jurídica infringida, careció de efectividad al no remediar la situación planteada y no haber permitido que produjera el resultado para el cual fue concebido,[64] en contravención con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención.

Por tanto, de acuerdo con la Corte Interamericana, "[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios".[65] Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica –*inter alia*, debido a que el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad–; porque falten los medios para ejecutar sus decisiones, o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, "como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".[66] Así por ejemplo, siguiendo la clasificación realizada por la jueza Medina Quiroga,[67] la Corte ha considerado que determinados recursos han sido ineficaces, cuando:

- la situación del Estado lo determina.[68] En ese sentido, "[c]omo regla general, se entiende que no hay recursos efectivos cuando existe en el Estado una situación de violaciones masivas y sistemáticas, porque allí la inefectividad de los recursos es, en realidad, un elemento de la situación";

- los afectados han sido impedidos de ejercerlos en el hecho, *inter alia*, en los casos de detenidos clandestinamente;[69]

- los agentes estatales han obstaculizado su tramitación. En la sentencia del *Caso Castillo Páez vs. Perú*, la Corte consideró "que el recurso interpuesto por los familiares de[la víctima] en contra de su detención (*hábeas corpus*), fue obstaculizado por agentes del Estado con la adulteración del registro de ingresos de detenidos, lo cual impidió localizar al agraviado";[70]

---

60 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 64, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 142.

61 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 117, y *Caso García y Familiares vs. Guatemal*a, *op. cit.*, párr. 142.

62 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 64.

63 Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 216, y *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 93.

64 Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 121, y *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 98.

65 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 142.

66 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo, *op. cit.*, párr. 68, y *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 107.

67 Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, pp. 375, 376, 378.

68 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 193.

69 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 236, y *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrs. 166 y 167.

70 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo, *op. cit.*, párr. 81.

- la propia legislación de un Estado no otorga dicho recurso efectivo, configurándose una "infracción […] general y clara". Al respecto, en algunos casos respecto del Estado del Perú,[71] en los que las víctimas eran procesadas bajo una normativa específica por los delitos de terrorismo o traición a la patria, la Corte decidió que el hecho de que la legislación peruana prohibiera la interposición del recurso de *hábeas corpus* para dichos procesados, constituía una violación del artículo 25 de la Convención Americana, y

- la falta de efectividad es específica para un caso. En el *Caso Cantos vs. Argentina*, la Corte consideró que la determinación judicial de una tasa de justicia muy alta y de honorarios profesionales muy altos regulados con base en el monto de la litis constituía "un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia", por lo que sería violatorio de los artículos 8 y 25 de la Convención.[72]

A dicha lista podemos agregar los casos en los cuales el recurso no es efectivo al haberse transformado "en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad".[73]

Además, la Corte ha señalado que para que se preserve el derecho a un recurso efectivo es indispensable que éste se tramite de acuerdo "a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención".[74] Como contrapartida, en el marco de un debido proceso, "a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos" a través de los cuales, *inter alia*, una persona pueda impugnar, entre otros, la competencia de las autoridades que ejercen jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales no tienen dicha competencia.[75] En el mismo sentido, la Corte ha establecido que la efectividad de los recursos tiene una relación con la denegación del acceso a la justicia, ya que no puede ser considerado efectivo un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, si mediante él no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento.[76]

Por todo lo expuesto, es posible concluir que, para la Corte Interamericana, *la efectividad tiene que ver con la capacidad potencial del recurso, de producir, "en el hecho y en el derecho", […] el resultado que se requiere para proteger el derecho, pero también se relaciona con el debido proceso, ya que tiende a considerar que se ha infringido el artículo 25 de la Convención cuando están ausentes uno o más elementos de los señalados en el artículo 8 de la misma*".[77]

3. Alcances de la revisión que debe realizar un recurso judicial respecto de una decisión administrativa para que sea efectivo

La Corte ha considerado que, para resolver una controversia entre las partes sobre la efectividad de la protección judicial, es necesario realizar algunas consideraciones relevantes respecto de la extensión de la revisión que debe proporcionar un recurso judicial para que sea efectivo, de conformidad con el artículo 25 de la Convención.[78]

[71] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrs. 49 a 55; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.*, párrs. 179 a 188; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia del 18 de agosto del 2000. Serie C No. 69, párrs. 161 a 170; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párrs. 111 a 116 y 133 a 135.

[72] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina, op. cit.*,párr. 56.

[73] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 204, 206, 207, 209, 210 y 211, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 124.

[74] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, *op. cit.*, párr. 91, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 155.

[75] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 297, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 167.

[76] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 88, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 110.

[77] Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, p. 373.

[78] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 202.

En su voto razonado al *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, el juez Sergio García Ramírez, se refirió, en atención a los hechos de dicho caso, a la posibilidad de que una decisión de una autoridad administrativa pueda ser sometida ante un órgano judicial para que éste disponga de manera definitiva. En dicha oportunidad, el juez García Ramírez señaló que “la existencia de un medio de control de la legalidad, por vía judicial, no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales [en sede administrativa] quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que éstas existan cuando se ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial”. En consecuencia, destacó que es necesario “observar las garantías en todas las etapas”, ya que el control que la última etapa judicial promete al particular, no justifica que en la primera, por ejemplo, de naturaleza administrativa, “se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibirlas posteriormente”.[79]

En la sentencia del *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Sigma Radio Television Ltd. vs. Cyprus*, la Corte identificó cuatro factores relevantes a tomar en consideración en los supuestos “en donde se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa que se alega violatoria de los derechos de una presunta víctima”, a saber:

- la competencia del órgano judicial en cuestión;
- el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si ésta involucra conocimientos técnicos o especializados;
- el objeto de la controversia planteado ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes, y
- las garantías del debido proceso ante el órgano judicial.[80]

De esta manera, frente al citado supuesto en el caso, el Tribunal estableció que “existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos”. Así, la Corte ha estimado que “no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”.[81]

Por tanto, siguiendo al Tribunal Europeo en la sentencia del caso ya citado, la Corte ha considerado que *“el recurso es efectivo por contar con una revisión judicial suficiente[,] aun cuando el órgano judicial no estuviere facultado para analizar todos los aspectos de una decisión administrativa, si aquél es capaz de anular dicha decisión bajo distintos supuestos, entre ellos una incorrecta interpretación de los hechos o de la ley”*.[82] Así, el Tribunal concluyó que “el hecho de que el recurso judicial disponible fuera un recurso de nulidad no […] configur[aba] una violación del derecho a la protección judicial en el […] caso”.[83]

---

79 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 13. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit.*

80 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 203.

81 *Ibidem*, párr. 204.

82 *Ibidem*, párr. 210.

83 *Ibidem*, párr. 213. En el mismo fallo, el Tribunal recordó su sentencia en el *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, a partir de cuyos hechos probados pudo concluir que el recurso judicial disponible era un recurso de nulidad, el cual encontró idóneo para la protección de los derechos violados en dicho caso. Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 81, y *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 210.

IV. El amparo y el hábeas corpus como manifestaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo reconocido en el artículo 25 de la CADH

Conforme ha sido indicado, el artículo 25 de la Convención "es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo".[84]

Al respecto, el Tribunal ha señalado que "puede afirmarse que el amparo es el género y el *hábeas corpus* uno de sus aspectos específicos".[85] De acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención, así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Parte, la Corte ha observado "que en algunos supuestos el *hábeas corpus* se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el *hábeas corpus* es denominado 'amparo de la libertad' o forma parte integrante del amparo".[86]

Asimismo, en la medida que, como recursos judiciales, son exigibles tanto en situaciones de normalidad como en circunstancias excepcionales,[87] el Tribunal ha establecido que los procedimientos de *hábeas corpus* y de amparo constituyen ejemplos de "aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 [de la Convención[88]] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática".[89] Por tanto, "aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Part[e] que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *hábeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención".[90] Así, la jurisprudencia del Tribunal es clara al afirmar "que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia".[91]

En esa misma línea, el Tribunal ha enfatizado que las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención, aplicables a los respectivos recursos judiciales regulados en el artículo 25 del mismo tratado, se deben mantener vigentes en dichos contextos. De esta manera, la Corte ha señalado que "los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención,

---

84 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 32.

85 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 34, y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 77.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 34, y *Caso Yvon Neptune vs. Haití.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 121.

87 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 186.

88 El artículo 27 de la Convención (Suspensión de Garantías) dispone que:
1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. […]

89 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 42, y *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 106.

90 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 43, y *Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 128.

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 23.

puedan considerarse como garantías judiciales", lo cual "es aún más evidente respecto del *hábeas corpus* y del amparo".[92]

1. El recurso de amparo

El Tribunal ha establecido que, por su naturaleza, el recurso de amparo es "el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención".[93] No obstante ello, la Corte ha estimado que "no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, [por ejemplo, en relación a los derechos políticos,] siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que [quedan fuera] de[l] conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo".[94]

Asimismo, al ser uno de los recursos que entra en el ámbito del artículo 25 de la Convención, "tiene que cumplir con varias exigencias, entre las cuales se encuentra[n] la idoneidad y la efectividad".[95] En ese sentido, el recurso de amparo debe ser idóneo "para proteger la situación jurídica infringida, por ser aplicable a los actos de autoridad que implican una amenaza, restricción o violación a [dichos] derechos protegidos",[96] y efectivo, "conforme a los principios de concentración, celeridad, contradictorio y motivación de los fallos, [y] derechos de defensa".[97]

Por otro lado, cabe destacar en este apartado que en los *Casos Myrna Mack vs. Guatemala* y la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, la Corte se ha referido al abuso en la interposición del recurso de amparo en dicho Estado. Así, llamó la atención del Tribunal que, *aunque permitido por la ley en el marco de un proceso penal, el amparo haya sido utilizado como práctica dilatoria con la tolerancia de las autoridades judiciales.*[98] Conforme fue observado por la Corte, el texto de la "Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad" obliga a los tribunales de amparo en Guatemala "a dar trámite y resolver todo recurso de amparo que sea interpuesto contra cualquier autoridad judicial por cualquier acto procesal", aunque sea "manifiestamente improcedente".[99] Al respecto, el Tribunal consideró que la "ostensible dilación en la tramitación y resolución de dichos recursos, […] no es compatible con el artículo 25.1 de la Convención Americana". Así, si bien la Corte señaló que el recurso de amparo es el recurso idóneo para tutelar los derechos humanos en Guatemala, enfatizó que "su amplitud y falta de requisitos de admisibilidad ha derivado en que [en] algunos de [e]stos casos la demora sea excesiva y paralice la justicia".[100]

Concretamente, en el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres*, la Corte tomó nota del Dictamen Conjunto, emitido por las Comisiones de Reforma del Sector Justicia y de Legislación y Puntos Constitucionales sobre la reforma de la Ley de Amparo en Guatemala, mediante el cual "confirma[ban] la importancia de revisar esta legislación considerada permisiva, cuya interpretación ha dado lugar a abusos, retrasos deliberados y obstáculos para una justicia pronta y cumplida", y establecían como necesario "aclarar, ampliar, o explicitar normas que en la actualidad han dado lugar a variadas interpretaciones y

---

92 *Ibidem*, párr. 30.

93 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87*, op. cit.*, párr. 32; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 91, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 272.

94 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, *op. cit.*, párrs. 92 y 140.

95 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87*, op. cit.*, párr. 24, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 107.

96 Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 121.

97 *Ibidem*, párr. 233.e).

98 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 204, 206, 207, 209, 210 y 211, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 106.

99 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 206, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párrs. 109 y 110.

100 Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 111.

aplicaciones, que provocan retrasos innecesarios en el trámite de los procesos y acciones de amparo que desnaturalizan su finalidad y propósito”.[101]

Por tanto, a través de dichos casos, el Tribunal reiteró su jurisprudencia en el sentido de que los recursos judiciales se deben tramitar de modo que “se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios o entorpecedores”.[102]

2. El hábeas corpus, recurso de exhibición personal o amparo de la libertad[103]

La Corte ha reconocido que, en su sentido clásico, el recurso de *hábeas corpus*, regulado por los ordenamientos americanos, “tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad”.[104] De acuerdo con el Tribunal, “el nombre, procedimiento, regulación y alcances de los recursos internos que permitan revisar la legalidad de [dicha] privación de libertad pueden variar de un Estado a otro”.[105]

Para que el *hábeas corpus* cumpla con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, “exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada”.[106] Más aún, el análisis de la legalidad de una privación de libertad “debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”.[107] Al respecto, la Corte ha declarado que, según la Convención Americana, “hay un margen de acción para que el juez del *hábeas corpus* se ocupe de la competencia del funcionario que ha ordenado la privación de libertad”, para eventualmente apreciar los datos conducentes a definir si la detención tiene el carácter de arbitraria, por ejemplo, mediante la verificación de, *inter alia*, la competencia de la autoridad emisora de la orden de detención, los hechos imputados, las circunstancias de la persona a la que éstos se atribuyen y, la regularidad del proceso en el que dicho mandamiento sería dictado.[108]

A mayor abundamiento, el Tribunal ha señalado que, dentro de las garantías judiciales indispensables, la función que cumple el *hábeas corpus* es esencial como medio idóneo para:

- garantizar la libertad;
- controlar el respeto a la vida de las personas;
- controlar el respeto a la integridad de las personas;
- impedir la desaparición forzada de las personas;
- impedir la indeterminación del lugar de detención de las personas,[109] y

[101] *Ibidem*, párr. 117.

[102] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina, Op. cit*, párr. 115, *y Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 235.

[103] Sobre el derecho a acudir a un tribunal a fin que se pronuncie sobre la licitud de la privación de la libertad, véase también el comentario al artículo 7, de Jesús María Casal, el cual forma parte de esta obra.

[104] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 33, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 129.

[105] Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, *op. cit.*, párr. 115.

[106] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 35; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 82, y *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 63.

[107] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras, op. cit.*, párr. 96, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuado*r. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 133.

[108] Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 130.

[109] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 35; *Caso Castillo Páez vs. Perú.* Fondo, *op. cit.*, párr. 83, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 142.

- proteger a una persona contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[110]

De acuerdo con lo expuesto por la Corte en su Opinión Consultiva OC-8/87 relativa al Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, la atribución de estas funciones "se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de [la región] en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos", realidad que "ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el *hábeas corpus* es parcial o totalmente suspendido".[111]

Este recurso de *hábeas corpus* se debe garantizar "a pesar de que la persona a favor de quien se interpone [...] ya no se encuentre bajo la custodia del Estado, sino que haya sido entregada a la custodia de un particular"; "a pesar de que haya transcurrido un tiempo largo desde la desaparición de una persona"[112] y, sobre todo, si la persona está en poder de agentes del Estado, porque éste es "el obligado a crear las condiciones necesarias para que cualquier recurso pu[eda] tener resultados efectivos".[113]

Específicamente, en cuanto a las personas detenidas, el Tribunal ha señalado que el recurso de *hábeas corpus*, "cuyo fin es evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado",[114] está reforzado "por la condición de garante que corresponde a éste, con respecto a los derechos de los detenidos". Así, como ha señalado la Corte, el Estado "tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia",[115] como la de proveer "una explicación inmediata, satisfactoria y convincente" de lo que le suceda y, eventualmente, "desvirtuar las alegaciones sobre [la] responsabilidad [estatal], mediante elementos probatorios adecuados".[116] Asimismo, la Corte ha resaltado que dicho recurso debe ser garantizado en todo momento, aún cuando el individuo se encuentre bajo condiciones excepcionales de incomunicación legalmente decretada.[117]

Por otro lado, si bien el Tribunal estableció que el *hábeas corpus*, al igual que el amparo, "es una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión", en su Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte se preguntó si tal recurso puede subsistir como medio de asegurar el derecho a la libertad individual, aun bajo estado de excepción, a pesar de que este derecho, reconocido en el artículo 7 de la Convención, no está considerado entre aquellos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales.[118]

Sobre el particular, la Corte consideró que la suspensión de garantías no debe exceder "la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia", resulta "ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites" –que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción–, "aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente".[119] De esta manera, "si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar [dichas]

---

[110] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrs. 35 y 42; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 82, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 158.

[111] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 36.

[112] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 79.

[113] Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34, y *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 116.

[114] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 138, y *Caso Tibi vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 129.

[115] Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 60, y *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 135.

[116] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 111, y *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 77.

[117] Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 123.

[118] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 37.

[119] *Ibidem*, párr. 38.

condiciones", "tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos", *inter alia*, "si […] violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder".[120] Por tanto, el Tribunal concluyó que "es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza". Para la Corte, en dicha circunstancia "el *hábeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental".[121]

Finalmente, es importante señalar que, en reciente jurisprudencia, el Tribunal ha considerado innecesario analizar el artículo 7.6 de la Convención (sobre el derecho a recurrir ante un juez para que decida sobre la legalidad de un arresto o una detención) conjuntamente con el artículo 25,[122] en razón de que, conforme a la Corte, *el artículo 7.6 "tiene un contenido jurídico propio que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad*".[123] Ello, además de la consideración del Tribunal según la cual "el principio de efectividad (*effet utile*)" que se predica del recurso judicial regulado en el artículo 25, "es transversal a la protección debida de todos los derechos" reconocidos en la Convención.[124]

V. Compromisos estatales en relación con el derecho a la protección judicial

El texto del artículo 25 de la Convención no incluía en su versión original las obligaciones estatales que, posteriormente, quedaron aprobadas como segundo párrafo. En efecto, como parte de los trabajos preparatorios de la Convención, el delegado de Chile presentó la propuesta de texto del actual párrafo 2 del artículo 25, tomado del artículo 2.3 del PIDCP, generando debate y reacciones principalmente de los delegados de Colombia y Estados Unidos de América. El delegado de Colombia objetó el nuevo párrafo al considerar que no encontraba motivo para "establecer un compromiso especial" de los Estados respecto a dicho derecho, cuando ya estaba previsto el "compromiso general" de respeto y garantía del artículo 1 de la Convención.[125] Ante ello, el delegado de Chile recordó que el párrafo en cuestión fue sugerido a propuesta de la delegación de Colombia "para establecer claramente que los Gobiernos se comprometerían a adoptar las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos".[126] En la misma línea, el delegado de los Estados Unidos de América declaró que apoyaría la propuesta de Chile "por entender que ofrecía mayor protección al individuo".[127]

Finalmente, atendiendo a las consideraciones y enmiendas presentadas por los delegados de Colombia, Chile y Estados Unidos y, como consecuencia del debate, se incorporó el mencionado segundo párrafo a partir del cual los Estados Parte se comprometieron a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

[120] *Ibidem*, párr. 39.
[121] *Ibidem*, párr. 40.
[122] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 77; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 123, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 157.
[123] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrs. 33 y 34, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 157.
[124] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 77, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 157.
[125] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 262.
[126] *Ibidem*, p. 263.
[127] *Ibidem*, p. 262.

a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.[128]

1. Compromiso de garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (artículo 25.2.a)

Respecto a esta obligación, cabe destacar que la propuesta inicial del delegado de Chile consistía en incluir el compromiso estatal de "garantizar que la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decid[a] sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso".[129]

Sin embargo, a sugerencia del delegado de El Salvador se omitió la frase "competencia judicial, administrativa o legislativa o cualquiera otra autoridad", sometiéndolo a votación y aprobando dicho compromiso conforme consta en su redacción actual.[130]

Por tanto, es posible concluir que el compromiso establecido en el artículo 25.2.a vigente refuerza la obligación estatal general consistente en garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, conforme lo dispone el artículo 1.1 de la misma.

2. Compromiso de desarrollar las posibilidades del recurso judicial (artículo 25.2.b)

En los trabajos preparatorios de la entonces denominada Convención Interamericana, el compromiso de desarrollar las posibilidades del recurso judicial quedó incluido en un mismo literal, el a), junto al compromiso de garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.[131] Posteriormente, en el documento ya denominado "Convención Americana sobre Derechos Humanos" de 7 de enero de 1970, dicho compromiso consta de manera autónoma en el literal b) del artículo 25 del tratado.[132]

De acuerdo con la jueza Medina Quiroga, la afirmación de que el artículo 25 de la Convención exige un recurso judicial tiene su fundamentación en esta obligación estatal, ya que "impone al Estado el compromiso de 'desarrollar las posibilidades del recurso judicial', lo que lleva a pensar que no existe la obligación directa e inmediata de los Estados part[e] de tener dicho recurso desde el momento en que empiezan a regir para ellos las obligaciones de la Convención". Sin embargo, para la jueza, "[u]na interpretación semejante queda desvirtuada desde la partida por el título que la propia Convención da a este derecho", así como por el examen de los trabajos preparatorios.[133]

Efectivamente, en los citados trabajos preparatorios de la Convención es posible encontrar la explicación de dicha contradicción. Como ha sido señalado, a iniciativa del delegado de Chile se propuso incluir un segundo párrafo al entonces artículo 23 del anteproyecto tomando como referente la formulación del artículo 2.3 del PIDCP que incluye las tres obligaciones estatales establecidas en el hoy artículo 25.2 de la Convención. Para el artículo 2.3 del Pacto Internacional, que exige garantizar el derecho del individuo a interponer un recurso "efectivo", no necesariamente judicial, "tenía una lógica impecable" contemplar una obligación estatal orientada a desarrollar las posibilidades del recurso judicial. Ya que el proyecto de la Convención Americana optó por el reconocimiento del derecho a un recurso judicial, el texto

[128] *Ibidem*, pp. 302 y 303.
[129] *Ibidem*, p. 41.
[130] *Ibidem*, p. 263.
[131] *Ibidem*, p. 318.
[132] *Ibidem*, p. 488.
[133] Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, pp. 367 y 368.

tomado del Pacto Internacional ameritaba ser adaptado en ese sentido o, en todo caso, debía "ser tomado en su totalidad […] para que no [se presenten las] contradicciones" señaladas.[134]

Más allá de la calificación de dicha inclusión textual como un error o no, siguiendo a la jueza Medina Quiroga, "está claro que la letra b) del párrafo 2 del artículo 25 de la Convención tiene idéntico propósito que [el que] tuvo la inserción del artículo 2 de la misma, es decir, reforzar la obligación que todo Estado tiene de adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones que provienen del tratado", sin "pretende[r] alterar la obligación del Estado contenida en el párrafo 1".[135]

La confirmación de ello se encuentra en la jurisprudencia de la Corte en los casos en que ésta recordó que, "[d]e acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte […] no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo".[136]

3. Compromiso de garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente un recurso: ejecución de las sentencias (artículo 25.2.c)

La Corte ha establecido que "el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo", en la medida que "el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento".[137] En ese sentido, para que un recurso sea verdaderamente efectivo el Estado debe adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.[138]

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que "la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten [una] decisión o sentencia", sino que se requiere, además, "que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas",[139] "de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados".[140] Así, el artículo 25.2.c de la Convención establece el compromiso de los Estados de "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente [un] recurso" que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales. Por tanto, la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales "depende de su ejecución […] debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado".[141] En consecuencia, "[l]a ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva".[142]

---

[134] *Ibidem*, p. 368.

[135] *Ibid*.

[136] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit.*, párr. 137, y *Caso Castañeda Gutman vs. México, op. cit.*, párr. 78.

[137] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit.*, párr. 73, y *Caso Forneron e hija vs. Argentina, op. cit.*, párr. 107.

[138] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 75, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 275.

[139] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit.*, párrs. 79 y 82, y *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párrs. 216 y 220.

[140] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, op. cit.*, párr. 220.

[141] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit.*, párr. 82, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, párr. 209.

[142] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, op. cit.*, párr. 220.

En específico, la Corte ha estimado que "para mantener el efecto útil de las decisiones, los tribunales internos al dictar sus fallos en favor de los derechos de las personas y ordenar reparaciones, deben establecer de manera clara y precisa "de acuerdo con sus ámbitos de competencia" el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas".[143] Si bien el Tribunal reconoce que en la ejecución de una sentencia firme eventualmente se tengan que realizar determinaciones para dar cumplimiento a lo ordenado por la autoridad de que se trate y emitir diversas resoluciones, ello no debe constituir una justificación para el retraso en dicha ejecución.[144]

Asimismo, tomando como referente la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Amat-G LTD and Mebaghishvili vs. Georgia, Popov vs. Moldova,* y *Shmalko vs. Ukraine*, la Corte ha indicado que "[e]l retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro [de] la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en [el fallo]". Así por ejemplo, "[l]as normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias", más aún tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, que por la especial naturaleza de los derechos protegidos, "el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello".[145]

A mayor abundamiento, el Tribunal ha señalado que "la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia,* de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho". En ese sentido, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los *Casos Matheus vs. France*, *Sabin Popescu vs. Romania*, *Cocchiarella vs. Italy* y *Gaglione vs. Italy*, la Corte ha considerado que "para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora".[146]

En la misma línea, la Corte ha declarado que "el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas" a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, el Tribunal ha considerado que "las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia", es decir, "que su acatamiento sea forzoso y que en caso de que no sean obedecidas voluntariamente, puedan ser exigibles de manera coactiva". Por tanto, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Inmobiliare Saffi vs. Italy*, la Corte ha dispuesto que "en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución".[147]

---

[143] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrs. 25 y 26, y *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 96.

[144] Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 269.

[145] *Ibidem,* párr. 225.

[146] Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 105, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párr. 210.

[147] Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 106, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párr. 211.

VI. Consideraciones especiales del derecho a la protección judicial respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH

Sin perjuicio del desarrollo detallado del contenido, exigencias y alcances de los correspondientes derechos en el presente Comentario a la Convención, a continuación se presentan los estándares establecidos por la Corte sobre las características especiales del derecho a la protección judicial cuando se trate de casos que involucran la alegada violación a la libertad de expresión y al derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas.

1. Con relación a la libertad de expresión: denegatoria del acceso a la información (artículo 13)

La Corte ha destacado la obligación de garantizar "la efectividad de un procedimiento adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados".[148] Asimismo, "ante la denegación de acceso a determinada información bajo su control, el Estado debe garantizar que exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso a la información y, en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la misma".[149]

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, dicho recurso debe ser garantizado "tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable" en casos de control democrático de las gestiones estatales. Así, de acuerdo a lo indicado previamente, la Corte ha recordado que, a partir de lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención *"si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo*".[150]

2. Con relación al derecho a la propiedad de los miembros de pueblos indígenas (artículo 21)

Conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Tribunal ha establecido que "para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres."[151]

Al respecto, el Tribunal se ha basado en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Convenio No. 169 de la OIT, según el cual "[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".[152] A partir de dicha norma, el Tribunal ha sostenido que para garantizar el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria los Estados deben establecer "un recurso efectivo con las garantías de debido proceso […] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales", como garantía de su derecho a la propiedad comunal.[153]

[148] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 163, *y Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 231.

[149] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 137, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 231.

[150] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 137, y *Caso Castañeda Gutman vs. México*, *op. cit.*, párr. 78.

[151] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 264.

[152] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 95.

[153] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 96, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 142.

Tomando como referencia la obligación estatal general de adecuar el derecho interno a las exigencias de la Convención, la Corte ha resaltado que "deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados". Por su parte, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 "impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos".[154]

De esta manera, el Tribunal ha señalado que el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que los miembros de los pueblos indígenas "no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia".[155]

VII. La obligación de investigar como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial

El cumplimiento de la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos es una "de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención".[156] Dicha obligación estatal no se encuentra expresamente establecida en la Convención Americana. Sin embargo, desde la primera sentencia de fondo del Tribunal en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte ha señalado que como consecuencia de la obligación de garantizar, contenida en el artículo 1.1 de la Convención, "los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por [dicho tratado] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos".[157] Por tanto, la obligación de investigar los hechos que constituyen violaciones de derechos humanos hace parte de las obligaciones derivadas del deber de garantizar los derechos consagrados en la Convención".[158]

Asimismo, conforme lo ha precisado la Corte, dicha obligación "no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna [de los Estados] que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos".[159]

Conforme se indicó en la introducción al presente Comentario, la correspondiente investigación de los hechos, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables de una violación de derechos humanos debe ser llevada a cabo por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso y las exigencias del derecho a la protección judicial, establecidas en los artículos 8[160] y 25 de la Convención Americana, respectivamente. De esta manera, "[s]i el aparato del Estado

[154] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 102.

[155] Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 100.

[156] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párrs. 166 y 176, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 130.

[157] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 166, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 230.

[158] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párrs. 166 y 176, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 183.

[159] Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 104, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 266.

[160] Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 106, y *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *op. cit.*, párr. 178.

actúa de modo que [una] violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos", o si "toler[a] que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención", puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.[161] Así, ya que dicha obligación está directamente vinculada con el derecho de acceso a la justicia, éste "debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables".[162]

1. Exigencias de la obligación de investigar

El propio Tribunal ha reconocido que para los Estados, en ciertas circunstancias, puede resultar difícil investigar los hechos que violen los derechos humanos. No obstante ello, ha precisado las características que debe cumplir dicha investigación:

- *Es una obligación de medio o comportamiento*, de manera "que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio".[163]

- *Debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"*.[164] Al respecto, la Corte ha establecido que un Estado debe conducir una investigación "seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles",[165] de manera que "cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad", estén orientados hacia una finalidad específica, esto es, la determinación de la verdad y las correspondientes responsabilidades penales (intelectuales y materiales), administrativas y/o disciplinarias, y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea".[166] Así, la jurisprudencia del Tribunal dispone que "[l]a obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse".[167] En efecto, la investigación deberá ser realizada por los Estados "con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva". Esto implica, asimismo, que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue,[168] por lo que, "en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas,[169] una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales".[170] Además, investigar con la debida diligencia, como elemento fundamental

[161] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo, *op. cit.,* párr. 176, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 249.

[162] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 114, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 129.

[163] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 177, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 157.

[164] *Ibid.*

[165] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 157.

[166] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 174; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit.,* párr. 143, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 192.

[167] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 319, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 156.

[168] Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú, op. cit.,* párr. 80, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 220.

[169] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina, op. cit.,* párr. 114.

[170] Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, op. cit.,* párr. 145, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 164.

y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados, "adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados".[171]

- *Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares,* que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".[172] Ello, "especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales", una vez que se tenga conocimiento del hecho.[173]

En esa línea, "el juez, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo",[174] tomando en cuenta los hechos denunciados y su contexto, para conducirlo de la forma más diligente y evitar las dilaciones y omisiones en el requerimiento de la prueba",[175] esto es, "con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad".[176] Por otra parte, la Corte recuerda que, en casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación.[177] En casos de graves violaciones de derechos humanos debe iniciarse una investigación *ex officio,*[178] de la cual forma parte "la exhumación e identificación de las víctimas fallecidas".[179]

Asimismo, la Corte ha señalado que no es posible que, desde el Estado, se "aleg[uen] obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos investigativos para eximirse de una obligación internacional".[180] Incluso, "las condiciones de un país, sin importar que tan difíciles sean", generalmente no liberan a un Estado Parte en la Convención de sus obligaciones, "salvo en los casos en ella misma establecidos".[181] Así, el Estado "debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conoc[e un] caso" y, en consecuencia, "deberán remitirle la información y documentación que les solicite, llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene".[182] Por tanto, "los funcionarios públicos y los particulares que entorpezcan, desvíen o dilaten indebidamente las investigaciones tendientes a aclarar la

---

[171] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 157, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 131.

[172] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 177, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 157.

[173] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 143, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 157.

[174] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 207, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 88.

[175] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 88.

[176] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 211, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 235.

[177] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 118, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 148.

[178] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 177, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 138.

[179] Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 217.

[180] Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 137.

[181] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 207, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, op. cit.*, párr. 170.

[182] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.*, párr. 156, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.*, párr. 202.

verdad de los hechos, deberán ser sancionados, aplicando al respecto, con el mayor rigor, las previsiones de la legislación interna”.[183]

Además, conforme fue indicado en la introducción, “[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* [el] ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”[184] Así, “la obligación de investigar, juzgar y sancionar, en su caso, a los responsables es una obligación que corresponde al Estado como un todo”, lo cual implica que “toda autoridad estatal deba cooperar, apoyar o coadyuvar, en el ámbito de su competencia, a la debida investigación de los hechos”.[185]

Adicionalmente, el Estado está obligado a “otorgar las garantías de seguridad adecuadas”, *inter alia*, a las víctimas, investigadores, testigos, y familiares defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia”, frente a “hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso, evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos.”[186]

- *Sus exigencias son válidas “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación*, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”.[187] En cualquier caso, “toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de los actos violatorios de derechos humanos deberá denunciarlo inmediatamente”.[188]

- *Las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares “deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos*, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”.[189] Para ello, “los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las víctimas o sus familiares de participar en todas las etapas de los respectivos procesos de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos”.[190] Conforme al Tribunal, “[d]icha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación”.[191] En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el

---

[183] Corte IDH. *Caso Del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 173.

[184] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.*, párr. 124, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.*, párr. 142, nota al pie 193.

[185] Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 210.

[186] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 199, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 167.

[187] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 177, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 151.

[188] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 65, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 138.

[189] Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 227, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 199.

[190] Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 146, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 167.

[191] Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 227, y *Caso Castillo*

> proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. Asimismo, de ser el caso, "[l]os resultados de las investigaciones antes aludidas deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad […] conozca la verdad sobre los hechos".[192]
>
> La Corte ha señalado también que "el acceso al expediente es requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna".[193] Si bien el Tribunal ha considerado admisible que "en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal,[194] para garantizar la eficacia de la administración de justicia, en ningún caso la reserva puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal". "La potestad del Estado de evitar la difusión del contenido del proceso, […], debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas".[195]

Adicionalmente, en cuanto a la obligación de investigar, la Corte ha destacado la importancia del rol complementario de las investigaciones que se llevan a cabo en jurisdicciones distintas a la penal.[196] Así por ejemplo, ha resaltado el valor simbólico de las sanciones a funcionarios públicos y miembros de las fuerzas armadas[197] en instancias disciplinarias, pues a partir de dichas actuaciones se "determina[n] las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que condujo al menoscabo del derecho internacional de los derechos humanos".[198] Por otro lado, la Corte ha señalado que las decisiones en la jurisdicción contencioso administrativa "pueden ser relevantes en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos".[199] De esta manera, los resultados de dichos procesos pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal al momento de fijar las reparaciones en un caso.[200]

Por último, el Tribunal ha destacado que la obligación de investigar "constituye además una forma de reparación"[201] "ante la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto".[202]

2. El derecho a la verdad y la obligación de investigar

La Corte ha desarrollado el contenido del derecho a conocer la verdad, en particular, en casos de desaparición forzada.[203] Desde su sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* el Tribunal afirmó la existencia de un "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta

González y otros vs. Venezuela, op. cit., párr. 167.

[192] Corte IDH. *Caso Del Caracazo vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 118, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 130.

[193] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.,* párr. 252, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 168.

[194] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 54 y 55, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela, op. cit.*, párr. 168.

[195] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 252, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela. Op. cit.*, párr. 168.

[196] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit.,* párr. 203, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 167.

[197] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op. cit.,* párr. 215, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 167.

[198] Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 207, y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, op. cit.,* párr. 133.

[199] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op. cit.,* párr. 214, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 168.

[200] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, op. cit.,* párr. 139.

[201] Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú, op. cit.,* párr. 78, y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 240.

[202] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 181, y *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 243.

[203] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párr. 201.

y, en su caso, dónde se encuentran sus restos".[204] De esta manera, toda persona, incluida la víctima de violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen, el derecho de conocer la verdad,[205] de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, y 25 –así como en determinadas circunstancias, con el artículo 13 de la Convención–[206] por lo que aquéllos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido.[207]

En efecto, la jurisprudencia constante de la Corte ha analizado el derecho a la verdad en relación con los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención. A partir de ello, *el Tribunal ha precisado que no estima que dicho derecho sea autónomo,*[208] *sino que "se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.*[209] *En ese sentido, el Tribunal ha resaltado que dicho derecho "se enmarca en el derecho de acceso a la justicia".*[210]

Recientemente, en la sentencia del *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, la Corte vinculó el derecho a la verdad con el artículo 13 de la Convención, ya que observó que, de conformidad con los hechos del caso, "el derecho a conocer la verdad se relacionaba con una acción interpuesta por los familiares para acceder a determinada información, vinculada con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información*".[211] De esta manera, el Tribunal destacó la relevancia y relación de aquél derecho con el derecho a buscar y recibir información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana,[212] así como con la obligación de investigar que, a su vez se vincula con las garantías judiciales y la protección judicial, ambos derechos entendidos como manifestaciones del acceso a la justicia.

Asimismo, el Tribunal ha destacado que el derecho a la verdad es intrínseco al fortalecimiento de una sociedad democrática, y por lo tanto, "es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer,[213] por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos".[214] Además, "[e]n casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que

---

[204] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 181, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 217.

[205] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 181, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 176.

[206] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párr. 201, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párr. 298.

[207] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 274, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 176.

[208] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú.* Fondo, *op. cit.,* párr. 86; *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62, y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 240. En el *Caso Castillo Páez,* la Corte indicó que con "derecho a la verdad" se hacía referencia a la formulación "de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial", pero que en el caso concreto se encontraba ya resuelto en el marco de la obligación de investigar.

[209] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 263, y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 240.

[210] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 181, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párr. 201.

[211] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párrs. 201 y 211, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*, nota al pie 292.

[212] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párr. 201.

[213] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.,* párr. 181, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 194.

[214] Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 67, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 194.

lo hagan ilusorio".[215] En ese contexto, el derecho a la verdad "*no sólo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro*".[216] Al respecto, el Tribunal ha destacado que cuando los hechos de un caso se desarrollan dentro de un conflicto armado no internacional, el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido adquiere una relevancia particular.[217] En el mismo sentido, la ONU ha reconocido "la importancia de la determinación de la verdad con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos para la consolidación de los procesos de paz y reconciliación".[218]

Por otro lado, la Corte se ha referido a la dimensión colectiva del derecho a la verdad, al resaltar que su satisfacción "exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades".[219] Al respecto, el Tribunal ha señalado que, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad en la medida que "contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, [a]l esclarecimiento de hechos y [a] la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad".[220] Para Burgorgue-Larsen, esta jurisprudencia supone "un modo de determinar los criterios que permiten identificar lo que la doctrina ha llamado 'Comisiones efectivas' que poseen un mandato amplio y un abanico consecuente de poderes y la independencia necesaria para investigar y pronunciarse sobre las violaciones según criterios racionales y objetivos". Para ello, la autora cita la sentencia en el *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, en la cual el Tribunal, "no vaciló en realizar algunas consideraciones críticas sobre la composición y el funcionamiento de la 'Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador' y en incitar insistentemente[,] por no decir imponer[,] al Estado que las tuviera en cuenta en el momento de la determinación de las reparaciones".[221]

A mayor abundamiento, la Corte ha considerado pertinente precisar que dicha "verdad histórica", documentada en informes especiales, o las tareas, actividades o recomendaciones generadas por comisiones especiales, "no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales también a través de los procesos judiciales",[222] esto es, la verdad judicial. En efecto, de acuerdo con el Tribunal, "[l]as verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Al contrario, se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias

---

215 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, op. cit.,* párr. 195.

216 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 77, y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, op. cit.,* párr. 259.

217 Corte IDH. *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 176.

218 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 299.

219 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, op. cit.*, párr. 195, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 150.

220 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 176.

221 Burgorgue-Larsen, Laurence. "La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional. Madrid: Instituto de Desarrollo Europeo e Integración Regional* de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. WP IDEIR no. 9 (2011), p. 21.

222 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 150, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 176.

concretas que analicen".[223] Por tanto, sin perjuicio de la verdad histórica que pueda aportar una comisión de la verdad para el conocimiento de los hechos, "el Estado debe cumplir la obligación de investigar y, en su caso, sancionar, por los medios judiciales pertinentes, los hechos constitutivos de las violaciones a los derechos humanos declaradas".[224]

Lo expuesto, no ha sido obstáculo para que la Corte haya otorgado, y otorgue, "especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción",[225] y así lo ha expresado en su jurisprudencia.[226]

3. La falta de investigación: impunidad

En el *Caso Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, la Corte definió la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana".[227]

De acuerdo con el Tribunal, esta impunidad "propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos[228] y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares",[229] motivo por el cual debe ser erradicada por todos los medios legales disponibles, mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales –del Estado– como individuales –penales y de otra índole de sus agentes o de particulares–[230] "y, en consecuencia, removiendo todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que la mantengan[231] y asegurando que se respeten los requerimientos del debido proceso".[232] El acceso a la justicia como tal "genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones".[233]

Al respecto, el Tribunal ha señalado que "un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia".[234] Asimismo, tomando en consideración el *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, la Corte ha establecido que "[l]a imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente

[223] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.*, párrs. 131 y 134, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 176.

[224] Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, op. cit.*, párr. 127.

[225] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.*,, párrs. 131 y 134, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128.

[226] Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 128, y *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 179.

[227] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 173, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador,* nota al pie 193.

[228] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 173, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 132.

[229] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 173, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párrs. 175 y 292.

[230] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 131, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela, op. cit.*, párrs. 175 y 292.

[231] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 277, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 249.

[232] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 125.

[233] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 131.

[234] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, párr. 21, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 249.

y con el debido fundamento,[235] permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad *de facto*".[236] De esta manera, en atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, *inter alia*, en el ejercicio de su deber de persecución de las graves violaciones, "que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado".[237]

Por otro lado, cabe destacar que, de acuerdo con el Tribunal, "ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos", la necesidad de erradicar la impunidad "se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación entre los Estados", quienes deben adoptar las medidas necesarias para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.[238] En consecuencia, "el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe [entre sí], ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del […] caso".[239] De acuerdo con el Tribunal, "[l]a inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido".[240] Además, dicho deber de cooperación inter-estatal resulta de la mayor relevancia en los casos que supongan una operación transfronteriza.[241]

Por tanto, conforme lo ha señalado la Corte, "[l]a Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables".[242]

4. Incompatibilidad de las amnistías y otros eximentes de responsabilidad con la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos

La Corte Interamericana ha condenado las diversas formas en que se puede llegar a la impunidad, declarándolas incompatibles con la Convención Americana.[243]

En la sentencia del *Caso Barrios Altos vs. Perú*, el Tribunal declaró por primera vez en su jurisprudencia que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de [cualquier otro] excluyent[e] de responsabilidad que pretend[a] impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos",[244] como por ejemplo la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada, y el principio de *ne bis in idem*.[245]

[235] Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 196, y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*,párr. 153.

[236] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 203, y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 153.

[237] Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párrs. 103, 106 y 108, y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, op. cit.*, párr. 150.

[238] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 131, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párrs. 130 y 152.

[239] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 132, y *Caso La Cantuta vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 160.

[240] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 130.

[241] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 234.

[242] Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 115, y *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 194.

[243] Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, p. 26.

[244] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 283.

[245] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 41, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 285.e).

Incluso, el Tribunal ha considerado que el Estado debe ponderar la aplicación de beneficios carcelarios, sin excluir ninguna categoría de condenados, cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, "pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad".[246]

De acuerdo con la Corte, "[e]ste entendimiento […] está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; [como] el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el *efecto útil* en el plano del derecho interno de los Estados Partes".[247]

a. Amnistías o autoamnistías

En su estudio sobre el tema, Faustin Z. Ntoubandi ha definido estas leyes como "un acto de poder soberano para aplicar el principio *tabula rasa* a ofensas pasadas, usualmente cometidas contra el Estado, de manera que se dé fin a los procedimientos ya iniciados o que se estén por iniciar, o a veredictos que se hayan ya pronunciado". Estas leyes pueden ser generales, si cubren todas las ofensas cometidas por todos los actores en un determinado período o, en todo caso, específicas si son respecto a una clase determinada de hechos o delitos, en beneficio de un grupo particular de personas, o bien alguna combinación de esas opciones.[248]

La primera oportunidad en que la Corte se refirió a esta materia fue en la sentencia del *Caso Barrios Altos vs. Perú*, en el que el propio gobierno, involucrado en las graves violaciones a los derechos humanos durante la época del conflicto armado interno que vivió dicho país por casi dos décadas, emitió dos decretos que liberaban de responsabilidad a los militares, policías y civiles comprometidos en dichas violaciones. Así, el pronunciamiento de la Corte sobre el particular se refirió a las denominadas leyes de "autoamnistía". En esa oportunidad, el Tribunal declaró que, *inter alia*, "son inadmisibles las disposiciones de amnistía", "que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos […] prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[249]

Asimismo, la Corte enfatizó que los Estados Parte en la Convención que adopten leyes que tengan el efecto de sustraer a alguien del ejercicio de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, como las leyes de autoamnistía, "incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de [dicho tratado]".[250] Agregó entonces que, como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana, "las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [del] caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pued[e]n tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención".[251]

Pese a lo establecido en la sentencia del citado *Caso Barrios Altos*, la Comisión Interamericana presentó una demanda de interpretación de la misma, solicitando que la Corte se pronuncie sobre si lo ordenado en el fallo del Tribunal tenía efectos sólo para el caso o también de manera genérica para todos aquellos casos de violaciones de derechos humanos en los cuales se aplicaron las leyes de amnistía en el Perú.[252]

---

[246] Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit.,* párr. 145.

[247] Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 96, y *Caso Bulacio vs. Argentina, op. cit.,* párr. 117.

[248] Fundación para el Debido Proceso Legal. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. Washington DC: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, p. 273.

[249] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs Perú, op. cit.,* párr. 41, y *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 225.

[250] Sobre leyes de amnistía, véase también el comentario al artículo 2, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Moller, el cual forma parte de esta obra.

[251] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú, op. cit.,* párrs. 43 y 44, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párr. 296.

[252] Corte IDH. *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos*

Frente a ello, la Corte fue contundente al señalar que "dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía […], lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales".[253] Posteriormente, en la sentencia del *Caso La Cantuta vs. Perú,* la Corte citó un fallo del Tribunal Constitucional del Perú referido a un recurso de amparo presentado por uno de los presuntos responsables en dicho caso, en el que se tomó como fundamento la sentencia de *Barrios Altos*. Así, el Tribunal Constitucional peruano señaló que "la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos […] no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese[n] aplicado las leyes de amnistía […], sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se enc[ontraban] las resoluciones de sobreseimiento definitivo […] que se dictaron a favor del recurrente"[254] en los hechos de *La Cantuta*.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *"[l]a incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas 'autoamnistías'"*. Para ello, el Tribunal ha precisado que la incompatibilidad de dicha figura con la obligación de investigar se debe, "más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas".[255] En consecuencia, "[l]a incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención".[256] En ese sentido, el Tribunal ha indicado que las leyes de amnistía "afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención";[257] obstaculizando "el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes", y "favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho".[258]

Adicionalmente, tomando como referencia la Opinión Consultiva OC-13/93 titulada *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* la Corte ha resaltado que "el hecho de que [las] normas [de amnistía] se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él", o incluso si fueron aprobadas en un régimen democrático y ratificadas por la ciudadanía, "no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional" y es indiferente para los efectos del análisis del cumplimiento de la obligación estatal de investigar.[259] Asimismo, el Tribunal ha señalado que aún cuando dichas normas no estén siendo aplicadas por el Estado de que se trate, ello "no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención […] porque, [éste] impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente".[260]

Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 8.

[253] *Ibidem*, párr. 18.

[254] Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, *op. cit.,* párr. 181.

[255] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 120, y *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 229.

[256] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Fondo, *op. cit.*, párr. 43, y *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.,* párrs. 226 y 229.

[257] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.,* párr. 227, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.,* párr. 295.

[258] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.,* párr. 226.

[259] *Ibidem*, párrs. 238 y 239.

[260] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 121.

En efecto, a la luz de las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de las garantías judiciales y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención, por lo que, *"una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos",*[261] *puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos, "por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana",*[262] *y conllevan la responsabilidad internacional del Estado.*[263] Frente a ello, el Tribunal ha recordado a los Estados Parte de la Convención Americana la ya citada obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y dicha Convención, así como con la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana.[264]

A mayor abundamento, cabe destacar que "todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones".[265]

En el *Caso de la Masacre El Mozote vs. El Salvador*, al analizar la ley de amnistía general referida a los delitos cometidos en el contexto del conflicto armado interno que vivió dicho país, la Corte consideró pertinente remitirse a las normas del derecho internacional humanitario aplicables como referente para su razonamiento.[266] De esta manera, el Tribunal estableció que si bien el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz,[267] dicha norma no es absoluta, ya que en el propio Derecho Internacional Humanitario existe la obligación estatal de investigar y juzgar crímenes de guerra. En consecuencia, de acuerdo con la Corte, "puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del […] caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad".[268]

b. Prescripción

La Corte ha definido la prescripción en materia penal como aquella que determina "la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores."[269] De esta manera, la prescripción, reconocida

---

[261] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit.,* párr. 207, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párr. 296, nota al pie 477.

[262] Corte IDH. *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo, op. cit.,* párr. 18, y *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.,* párr. 228.

[263] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 119.

[264] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 124, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit.,* párr. 142, nota al pie 193.

[265] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párrs. 141 a 170, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párr. 283.

[266] Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párrs. 266-280, 284. Ver, asimismo, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.*

[267] Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párr. 285.

[268] *Ibidem*, párr. 286.

[269] Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111; *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

en algunos países de la región como garantía del imputado,[270] debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito,[271] ya que, en ciertos casos, "permite al inculpado oponerse a una persecución penal indefinida o interminable, operando de esta manera como correctivo a los órganos encargados de la persecución penal frente al retardo en el que pudieran incurrir en la ejecución de sus deberes".[272] En esa misma línea, la Corte ha señalado que el imputado "no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal" y que, en esa medida, no se le puede atribuir "que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley".[273]

Sin embargo, el Tribunal se ha referido a la imprescriptibilidad de los delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos, destacando que, "en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisible e inaplicable la prescripción[274] […], a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas".[275] *De acuerdo con la Corte, aún cuando un Estado no haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, dicha imprescriptibilidad "surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens)", de manera que dicho Estado "no puede dejar de cumplir esta norma imperativa".*[276]

Por ello, la Corte ha estimado que, *"independientemente de si una conducta es determinada por [un] tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no",*[277] *debe tenerse en cuenta el deber especial que tiene el Estado frente a las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos'".*[278]

Sobre este punto, es importante destacar que en la sentencia del *Caso Vera Vera vs. Ecuador*, la Corte precisó que si bien "estima que toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza", "ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como 'violaciones graves a los derechos humanos', las cuales, […], tienen una connotación y consecuencias propias".[279] Por tanto, de acuerdo con el Tribunal, sólo en los citados casos de graves

Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 117.

[270] Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011, Considerando 45.

[271] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, *op. cit.*, párr. 41, y *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 40.

[272] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, Considerado 16.

[273] Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 119.

[274] Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 111, y *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 117.

[275] Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 111, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivi*a. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 207.

[276] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 153.

[277] Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 208.

[278] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 171, y *Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit.*, párr. 225.

[279] Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 118. De esta manera, el Tribunal aclaró lo señalado en sentencias previas, en el sentido que "[d]e acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado les sea asegurado un efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes". Y, asimismo, que

violaciones a los derechos humanos "no sería procedente la prescripción".[280] En ese sentido, el Tribunal resaltó que, en su jurisprudencia, "la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura" y que, en algunos casos, ha ocurrido en contextos de violaciones masivas y sistemáticas.[281]

Cuando el proceso en cuestión no involucra una alegada grave violación a los derechos humanos, el Tribunal ha sostenido la inadmisibilidad de dicha prescripción sólo en los casos en los que aquélla derive de la negligencia o mala fe de las partes involucradas. En efecto, de acuerdo con el Tribunal, "si bien la prescripción es una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito,[282] la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad. […] Es decir que la garantía de prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito".[283]

Al respecto, la Corte ha recordado su jurisprudencia sobre el artículo 8.4 de la Convención Americana, en cuanto al principio del *ne bis in idem*, en el sentido que éste no resulta aplicable cuando: "i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos, o al derecho internacional *obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal*; ii) el procedimiento *no fue instruido independiente o imparcialmente* de conformidad con las debidas garantías procesales,[284] o iii) *no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia*.[285] Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o 'fraudulenta'".[286] De esta manera, el Tribunal plantea que un procedimiento que concluye por la aplicación de la prescripción por mala fe o negligencia bien podría encajar en alguno de los tres citados supuestos que producen una *cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'* y, en consecuencia, un nuevo juzgamiento contra el imputado, en principio, no transgrediría el principio del *ne bis in idem*. Así, conforme a la Corte, "[e]ste criterio no implica que […] desconozca los alcances e importancia que tiene el instituto procesal de la prescripción", sino que, "por regla general, […] debe aplicarse cuando corresponda", salvo que se compruebe alguna de las citadas circunstancias, y, por ello, se produzca una negación al acceso a la justicia.[287]

Consecuentemente, en la etapa de supervisión de cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal, frente a la información de las partes sobre la supuesta aplicación de la prescripción por mala fe o negligencia en las investigaciones de las violaciones a los derechos humanos ordenadas por la Corte, ésta ha solicitado al Estado, *inter alia*, que: i) informe cuáles fueron las acciones que adoptó desde o antes de la notificación de la sentencia en aras de impulsar de oficio las acciones correspondientes en el

"[d]e conformidad con los principios generales del derecho internacional y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno para su plena aplicación en las reglas o institutos de derecho interno". Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit.,* párrs. 151 y 152.

[280] Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, *op. cit.,* párrs. 118 a 120.

[281] Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, *op. cit.,* párr. 117.

[282] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, *op. cit.,* párr. 41, y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op. cit.,* considerado 17.

[283] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op. cit.,* considerado 17.

[284] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, op. cit.,* párrs. 137-139, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.,* párr. 195.

[285] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit.,* párr. 154, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 195.

[286] Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 131, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.,* párr. 195.

[287] Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, *Op. cit.,* considerando 45.

proceso concernido;[288] ii) remita información suficiente para poder determinar "si, en cumplimiento de lo ordenado en la [s]entencia, los jueces dirigieron los respectivos procesos a modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos",[289] o iii) frente a la gravedad de un delito como la tortura declare la prescripción, cuando fuere conducente, solo después de que se haya efectuado una investigación con la debida diligencia.[290] Así, en algunos casos, al no contar con argumentos o pruebas específicos que indiquen fallas en los procedimientos de averiguación, la Corte Interamericana ha dispuesto "no continuar con la supervisión del cumplimiento" del punto concernido.[291]

Finalmente, si un caso no implica graves violaciones de derechos humanos ni se alegan mala fe o negligencia en la aplicación de la prescricpión, y la investigación de los hechos no ha logrado determinar las responsabilidades y satisfacer las expectativas de la víctima y/o sus familiares, la Corte podría considerar, como lo hizo en el citado *Caso Vera Vera*, que "en razón del derecho de la madre y de los familiares [de la víctima] de conocer completamente lo sucedido a[ésta], el Estado debe satisfacer, de alguna manera, como medida complementaria de satisfacción a las establecidas en [la s]entencia, dicha expectativa mínima, informando al Tribunal de las gestiones que realice y los resultados que obtenga".[292]

c. Extradición

El Tribunal ha señalado que "[u]n Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes".[293]

La extradición implica, en términos generales, "la entrega de una persona acusada o condenada por la jurisdicción de otro Estado para enfrentar los cargos o cumplir con la sentencia". Respecto a ésta, existen al menos dos principios básicos que la rigen: i) "el requisito de la doble incriminación, es decir, que la conducta por la que se solicita la extradición sea considerada como delito tanto en el país requirente como en el país requerido", y ii) "el principio de especialidad, que implica que el país requirente sólo podrá enjuiciar por los delitos por los que se haya concedido la extradición".[294] Además, según los tratados internacionales, "se establece la negativa de extraditar: (i) a un nacional; (ii) a una persona acusada o sancionada por un delito político; (iii) ante la posibilidad de la aplicación de algunas sanciones, como la pena de muerte o cadena perpetua; (iv) cuando los delitos hayan prescrito de conformidad con el marco jurídico de alguno de los Estados involucrados, y (v) cuando los mismos hechos han sido ya objeto de un procesamiento previo o han sido ya sancionados.[295]

Sobre el particular, la Corte ha establecido que la aplicación de figuras como la extradición "no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad". Por ello, conforme al Tribunal, "en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos",[296] buscando asegurar que las personas involucradas en dichas graves violaciones, o que

[288] Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de noviembre de 2011, Considerando 19.

[289] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, op. cit.,* considerado 19.

[290] Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina, op. cit.,* considerando 45.

[291] Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de febrero de 2012, Considerando 14.

[292] Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, op. cit.,* párr. 123.

[293] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, op. cit.,* párr. 166.

[294] Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, p. 219.

[295] *Ibid.*

[296] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, Considerandos 40 y 41, y *Caso Manuel Cepeda*

puedan poseer información relevante al respecto, comparezcan ante la justicia, o colaboren con ésta, cuando sean requeridas.[297]

Por tanto, un Estado no puede oponerse a la extradición de un individuo presuntamente responsable de una grave violación de derechos humanos, ya que, en todo momento, "se deberán aplicar las reglas particulares sobre imprescriptibilidad de los crímenes, o la improcedencia de la exclusión de responsabilidad con base en la inmunidad funcional". En todo caso, "los Estados deberán tener presente la obligación alternativa consagrada en algunos tratados internacionales, y referida en la doctrina como *aut dedere aut iudicare*, [a partir de] la cual los órganos del propio Estado requerido deberán ejercer jurisdicción en caso de negar la extradición".[298]

5. Consideraciones específicas de la obligación de investigar respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH

Sin perjuicio del desarrollo detallado del contenido, exigencias y alcances de los correspondientes derechos en el presente Comentario a la Convención, a continuación se presentan los estándares establecidos por la Corte sobre las características especiales de la obligación de investigar cuando se trate de casos que involucran la alegada violación del derecho a la vida, a la integridad personal,[299] la libertad de pensamiento y de expresión, y de los derechos del niño.

a. Con relación al derecho a la vida (artículo 4)

(1) Desaparición forzada

La Corte Interamericana ha señalado que, cuando se trate de una desaparición forzada, "es preciso aplicar una perspectiva integral en la investigación de dicho hecho en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención".[300]

En efecto, el Tribunal ha afirmado que, ante la particular gravedad de este delito y la naturaleza de los derechos lesionados, "la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarl[a] y sancionar a sus responsables son normas que han alcanzado carácter de *jus cogens*".[301] De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, "[l]os bienes jurídicos sobre los que recae la investigación obligan a redoblar esfuerzos en las medidas que deban practicarse para cumplir su objetivo",[302] de manera que "[e]l actuar omiso o negligente de los órganos estatales no resulta compatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana, con mayor razón si están en juego bienes esenciales de las personas".[303] De ahí que "la obligación de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole".[304] Además, para los Estados que sean parte, la obligación de investigar un caso de desaparición forzada "se ve particularizada por lo establecido en

Vargas vs. Colombia, op. cit., párr. 166.

[297] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, op. cit.*, párr. 166.

[298] Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, p. 220.

[299] Sobre la obligación del Estado a investigar con relación al derecho a la integridad personal, véase también el comentario al artículo 5 de Claudio Nash en esta obra.

[300] Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párrs. 128, 129 y 221, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 99.

[301] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 84, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 131.

[302] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, op. cit.*, párr. 150, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 135.

[303] Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, op. cit.*, párr. 173, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 145.

[304] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 127, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 230.

los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención”.[305]

Por tanto, toda vez que haya motivos razonables para presumir que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación penal,[306] *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva.[307] “Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones”.[308] En consecuencia, en casos de desaparición forzada de personas, “la denuncia formal de los hechos no descansa exclusivamente en los familiares de las víctimas”,[309] ya que esta obligación es “independiente de que se presente [tal] denuncia”.[310]

Además, ante dichos casos, “la investigación debe incluir la realización de todas las acciones necesarias con el objeto de determinar la suerte o destino de la víctima y la localización de su paradero”.[311] El Tribunal ya ha aclarado que el deber de investigar hechos de esta naturaleza subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida,[312] ya que el deber “persiste hasta que se encuentre a la persona privada de libertad, aparezcan sus restos[313] o, en todo caso, se conozca con certeza cuál fue su destino”.[314] Así, *“el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance”,*[315] *en la medida que esto les permitiría aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre del paradero de su familiar desaparecido.*[316]

En esa misma línea, de acuerdo con el Tribunal, “es necesario que el Estado efectúe una búsqueda seria por la vía judicial y administrativa adecuada, en la cual realice todos los esfuerzos” para determinar el paradero de la víctima a la mayor brevedad.[317] Dicha búsqueda “deberá realizarse de manera sistemática y rigurosa, contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos y, en caso de ser necesario, deberá solicitarse la cooperación de otros Estados.[318] Las referidas diligencias deberán

---

[305] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 233.

[306] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, op. cit.*, párr. 65, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 128.

[307] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 65, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 138.

[308] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit.*, párr. 145, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 128.

[309] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 197, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 155.

[310] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 145, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 128.

[311] Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 80, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 134.

[312] Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, op. cit.*, párr. 155, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 134.

[313] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 143, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 215.

[314] Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, op. cit.*, párr. 215.

[315] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 181, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 134.

[316] Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 155, y *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 136.

[317] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú.* Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 90, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 290.

[318] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 191, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 290. Al respecto, la Corte ha señalado que “*es esencial la manera en que se llevan a cabo las*

ser informadas a [los] familiares y en lo posible procurar su presencia".[319] Si, luego de las diligencias realizadas por el Estado, se encontrara fallecida a la víctima, "los restos mortales deben ser entregados a sus familiares[320] "para que puedan honrarlos según sus creencias y costumbres",[321] previa comprobación genética de filiación, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno para ellos. Además, el Estado deberá cubrir los gastos fúnebres, en su caso, de común acuerdo con sus familiares".[322] Conforme lo ha enfatizado la Corte, *"los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos"*.[323] Adicionalmente, el Tribunal ha señalado que *"los restos son una prueba de lo sucedido y, junto al lugar en el cual sean encontrados, pueden proporcionar información valiosa sobre los autores de las violaciones o la institución a la que pertenecían"*.[324]

La Corte ha llamado la atención sobre la particular importancia del tiempo que dure la investigación de una desaparición forzada. De esta manera, ha resaltado que "es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima o el lugar donde pueda encontrarse privada de libertad".[325] De acuerdo con el Tribunal, "el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales".[326] En consecuencia, las autoridades nacionales deben realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de su obligación de investigar.[327] Incluso, la Corte ha señalado que "luego de una denuncia de desaparición o secuestro, los Estados deben actuar con prontitud en las primeras horas y días".[328]

Precisamente, con relación a las autoridades, la Corte ha establecido que el Estado debe dotarlas "de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas".[329] Asimismo,

---

acciones tendientes a la búsqueda de restos presumiblemente humanos". Así, "la recolección y preservación correcta de tales restos son condiciones indispensables para la determinación de lo sucedido a las víctimas y, consecuentemente, para la investigación, proceso y eventual sanción de los responsables, y que el transcurso del tiempo puede generar efectos irreversibles sobre los restos cuando éstos no son conservados adecuadamente. En tal sentido, los Estados deben llevar a cabo lo antes posible las pruebas periciales necesarias tendientes a la identificación de los restos referidos". Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009, Considerandos 15 y 16, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, op. cit.*, párr. 219.

[319] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 191, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 290.

[320] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 185, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 291.

[321] Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, op. cit.*, párr. 268, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 289.

[322] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 185, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 291.

[323] Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y costas, *op. cit.*, párr. 115, *y Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 289.

[324] Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 245, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 289.

[325] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 134, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 138.

[326] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, op. cit.*, párr. 150, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 135.

[327] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 135, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 145.

[328] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 284, y *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador.* Excepcion preliminar y fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247, párr. 91.

[329] Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C

es fundamental que las autoridades a cargo de la investigación puedan tener acceso ilimitado a los lugares de detención, respecto a la documentación así como a las personas".[330] Adicionalmente, la Corte ha considerado que, sin perjuicio de que deban obtenerse y valorarse otras pruebas, "las autoridades encargadas de la investigación deben prestar particular atención a la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones",[331] evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.[332] En esa medida, las autoridades encargadas de la investigación tienen el deber de asegurar que en el curso de la misma se valoren los eventuales patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos",[333] así como la posible complejidad de los hechos y la estructura en la cual se ubicaban las personas probablemente involucradas en los mismos.[334] En esa línea, la Corte considera que "las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de la investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo".[335] Todo ello porque "esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas".[336] Además, porque en casos de desaparición forzada, dado el contexto y la complejidad de los hechos, "es razonable considerar que existan diferentes grados de responsabilidad a diferentes niveles".[337] Por tanto, "[n]o basta el conocimiento de las circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectual y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación".[338]

Específicamente, en lo que concierne a los familiares de las víctimas, el Tribunal ha señalado que "tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a éstas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido".[339] Además, el Tribunal ha reiterado que, "tratándose de una desaparición forzada, entre cuyos objetivos está impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud, o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva".[340] Asimismo, la Corte ha establecido

---

No. 190, párr. 77, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 257.

[330] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 180 y 181; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 135, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 171.

[331] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 130, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párr. 232.

[332] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, op. cit.*, párrs. 88 y 105, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 257.

[333] Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, op. cit.*, párr. 156, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 257.

[334] Corte IDH. *Caso Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *op. cit.*, párrs. 88 y 105, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 257.

[335] Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 112, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 257.

[336] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, *op. cit.*, párr. 131, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.*, párrs. 134 y 235.

[337] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit.*, párr. 203, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador, op. cit.*, párr. 150.

[338] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 119, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 150.

[339] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú, op. cit.*, párr. 130, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 133.

[340] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 64, y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 133.

que "los familiares de las presuntas víctimas no están obligados a interponer recursos internos que no sean adecuados para determinar el paradero de la persona desaparecida, esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades individuales derivadas de ellos".[341]

Por tanto, "por la naturaleza y gravedad de los hechos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas y a determinar las responsabilidades penales por las autoridades judiciales competentes, siguiendo estrictamente los requerimientos del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención Americana",[342] y respetando y garantizando el acceso a la justicia a través de recursos judiciales sencillos, rápidos y/o efectivos. Sobre el particular, la Corte ha resaltado que la obligación de investigar en casos de desapariciones forzadas "no solamente se limita a la mera determinación del paradero o destino de las personas desaparecidas o a la aclaración de lo sucedido, ni tampoco a la sola investigación conducente a la determinación de las responsabilidades correspondientes y a la sanción eventual por las mismas", ya que "[a]mbos aspectos son correlativos y deben estar presentes en cualquier investigación de [dichos] actos".[343]

En cuanto al derecho a la verdad, la Corte ha establecido que "el derecho a conocer la verdad es parte del "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos".[344] La Corte ha indicado que la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos,[345] por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad.[346]

(2) Ejecuciones extrajudiciales

El Tribunal, tomando como referencia el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas (Protocolo de Minnesota), ha señalado que "la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad",[347] y empleando "todos los medios técnicos y científicos posibles".[348] De esta manera, "en casos en que se ha establecido que ocurrieron ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención y determinen las responsabilidades de todos los autores y partícipes, especialmente cuando están involucrados agentes estatales".[349]

En este sentido, frente a una muerte violenta, la Corte ha especificado que las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo los siguientes principios rectores: "i) identificar a la víctima; ii) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; iii) identificar

[341] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, op. cit.,* párr. 46, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 228.

[342] Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú, op. cit.,* párr. 106, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 210.

[343] Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, op. cit.,* párr. 215.

[344] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo, *op. cit.,* párr. 181, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 301.

[345] Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114. y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 301.

[346] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, op. cit.,* párr. 113, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 301.

[347] Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 120, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela, op. cit.,* párr. 152.

[348] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 208.

[349] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 156, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, op. cit.,* párr. 243.

posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; iv) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y v) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, [y] realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados".[350]

En relación con la escena del crimen, la Corte ha resaltado los estándares internacionales sobre la materia, según los cuales "los investigadores deben, como mínimo, fotografiar dicha escena, cualquier otra evidencia física y el cuerpo como se encontró y después de moverlo; todas las muestras de sangre, cabello, fibras, hilos u otras pistas deben ser recogidas y conservadas; examinar el área en busca de huellas de zapatos o cualquier otra que tenga naturaleza de evidencia, y hacer un informe detallando cualquier observación de la escena, las acciones de los investigadores y la disposición de toda la evidencia coleccionada. El Protocolo de Minnesota establece, entre otras obligaciones, que al investigar una escena del crimen se debe cerrar la zona contigua al cadáver, y prohibir, salvo para el investigador y su equipo, el ingreso a la misma".[351] Asimismo, conforme al citado Manual de Naciones Unidas "la debida diligencia en una investigación médico-legal de una muerte exige el mantenimiento de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense".[352]

Respecto a las autopsias, que tienen como objetivo "recolectar, como mínimo, información para identificar a la persona muerta, la hora, fecha, causa y forma de la muerte", la Corte ha señalado que "deben respetar[se] ciertas formalidades básicas, como indicar la fecha y hora de inicio y finalización, así como el lugar donde se realiza y el nombre del funcionario que la ejecuta". Asimismo, se debe, *inter alia*, fotografiar adecuadamente el cuerpo; tomar radiografías del cadáver, de su bolsa o envoltorio y después de desvestirlo, documentar toda lesión. Se debe documentar también la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental, y examinar cuidadosamente las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual. En casos de sospecha de violencia o abuso sexual, se debe preservar el líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima. Adicionalmente, el Manual de Naciones Unidas indica que en los protocolos de autopsia se debe anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido; proteger las manos del cadáver; registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto".[353]

En cuanto al análisis de restos humanos, la Corte ha señalado que "[l]os estándares internacionales exigen que la entrega de restos ocurra cuando la víctima esté claramente identificada, es decir, una vez que se haya conseguido una identificación positiva". Al respecto, el Protocolo de Minnesota establece que "el cuerpo debe ser identificado por testigos confiables y otros métodos objetivos".[354] Además, la Corte ha citado el artículo 12 de los *"Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias"*, según el cual no podrá procederse a la inhumación e incineración del cuerpo de la persona fallecida "hasta que un médico, de ser posible experto en medicina forense, haya realizado una autopsia adecuada". De otro lado, conforme a dichos principios, "[s]i después de haber sido enterrado el cuerpo resulta necesaria una investigación, se exhumará el cuerpo sin demora y de forma adecuada para realizar una autopsia. En caso de que se descubran restos óseos, deberá procederse a desenterrarlos con las precauciones necesarias y a estudiarlos conforme a técnicas antropológicas sistemáticas".[355]

---

[350] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 127, y *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 152.
[351] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, *op. cit.*, párr. 301.
[352] *Ibidem*, párr. 305.
[353] *Ibidem*, párr. 310.
[354] *Ibidem*, párr. 318.
[355] Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 92.

En lo que concierne a los familiares, la Corte ha señalado que en un caso de ejecución extrajudicial "los derechos afectados corresponden a los familiares de la víctima fallecida, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción, en su caso, de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones".[356]

b. Con relación al derecho a la integridad personal (artículo 5)

(1) Agresiones físicas

En casos de agresión física, la Corte ha resaltado que "el tiempo en el que se realiza el dictamen médico es esencial para determinar fehacientemente la existencia de la lesión y del daño". De esta manera, "[l]a falta de dictamen o su realización tardía dificultan o imposibilitan la determinación de la gravedad de los hechos, en particular, a fin de clasificar legalmente la conducta bajo el tipo penal que corresponda, más aún cuando no se cuenta con otras pruebas".[357]

En ese sentido, la Corte ha considerado que "el Estado tiene la obligación de proceder al examen y clasificación de las lesiones cuando se realiza la denuncia y se presenta el lesionado, a menos que el tiempo transcurrido entre ésta y el momento en que ocurrió el hecho torne imposible la caracterización de aquéllas".[358]

(2) Actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

El Tribunal ha señalado que, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 del mismo tratado "implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes".[359] Además, para el caso de los correspondientes Estados Parte, dicha investigación debe estar normada de manera específica por los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, que obligan a los Estados Parte a adoptar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción, así como a garantizar que los casos de tortura sean examinados imparcialmente".[360] Las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Tortura "especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, así como "el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal".[361]

Al respecto, la Corte ha aclarado que de la Convención contra la Tortura surgen dos supuestos que accionan el deber estatal de investigar:

- Cuando se presente denuncia, posibilidad respecto de la cual el Tribunal ha resaltado que "es indispensable notar que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos de tortura o mal trato, sobre todo si se encuentra detenida en el mismo recinto donde estos ocurrieron".[362]

---

[356] Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 170, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit.,* párr. 199.

[357] Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, *op. cit.,* párr. 321, y *Caso Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 340.

[358] *Ibid.*

[359] Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 147, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.,* párr. 230.

[360] Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 95, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 222.

[361] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 276, 377, 378 y 379, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.,* párrs. 232, 274 y 278.

[362] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 92, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 278.

- Cuando exista razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de la jurisdicción del Estado. "En estas situaciones, la decisión de iniciar y adelantar una investigación no recae sobre el Estado, es decir, no es una facultad discrecional, sino que el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole".[363]

Así, "aún cuando los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no hayan sido denunciados ante las autoridades competentes por la propia víctima, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia, el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento".[364]

De acuerdo con el Tribunal, "cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pued[a]n ser escasos."[365] Así, las autoridades judiciales deberán garantizar la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura y, por otro lado, el Estado "debe[rá] garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia […] de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión".[366]

Asimismo, en la investigación de dichos casos, la Corte ha resaltado la importancia de que las autoridades competentes tomen en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de dichos actos, particularmente definidas en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul).[367]

(3) Actos de violencia contra la mujer

En casos de violencia contra la mujer, las obligaciones establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana "se complementan y refuerzan", para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones de la Convención de Belém Do Pará, dotando de contenido a la obligación estatal reforzada de investigar dichos casos con la debida diligencia, con una perspectiva de género. Al respecto, el Tribunal ha señalado que "ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección".[368]

Concretamente, frente a casos de violación sexual, tomando como referencia ciertos instrumentos internacionales, el Tribunal ha establecido que en la investigación penal es necesario que: "i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su

[363] Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, op. cit.*, párr. 347, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 278.

[364] Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 54, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, op. cit.*, párr. 240.

[365] Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, parrs. 93 y 111.

[366] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina, op. cit.*, párr. 92.

[367] Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití, op. cit.*, párr. 121.

[368] Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 140; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 193, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.*, párr. 177.

repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso".[369]

Sobre el particular, el Tribunal ha resaltado que "el apoyo a una víctima de violación sexual es fundamental desde el inicio de la investigación para brindar seguridad y un marco adecuado para referirse a los hechos sufridos y facilitar su participación, de la mejor manera y con el mayor de los cuidados, en las diligencias de investigación".[370] En el mismo sentido, la Corte ha destacado que en casos de violencia sexual, la investigación "debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido".[371]

(4) Afectaciones a la integridad personal de los familiares de la víctima por el incumplimiento del deber de investigar

La Corte ha afirmado que los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas.[372] En consecuencia, el Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares de víctimas debido al sufrimiento que estos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones de las autoridades estatales,[373] tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar.[374] De esta manera, para la Corte "es claro que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana".[375]

Por tanto, la falta de acceso a la justicia derivado del proceso judicial y la ejecución del mismo puede generar, *inter alia*, un estado de angustia, sufrimiento y desesperación permanente en la familia, que puede terminar quebrantando los lazos familiares y generando otro tipo de consecuencias negativas en el normal desarrollo y funcionamiento familiar.[376]

c. Con relación a la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13)

Respecto al acceso a información sobre hechos relacionados con desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, a criterio de este Tribunal, "el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de

---

[369] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, *op. cit.*, párr. 194, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *op. cit.*, párr. 178.

[370] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *op. cit.*, párr. 205, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 189.

[371] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, op. cit.,* párr. 196, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 180.

[372] Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 83, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, párr. 249. Sobre otras formas de afectar la integridad personal, así como afectaciones a la integridad personal de los familiares de la víctima por el incumplimiento del deber de investigar , vease también el comentario al artículo 5, de Claudio Nash, el cual forma parte de esta obra.

[373] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, *op. cit.,* párr. 163, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.,* párr. 249.

[374] Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú, op. cit.*, párr. 128, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párr. 249.

[375] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No 130, párr. 204, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.,* párr. 250.

[376] Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.,* párrs. 256, 261 y 265.

la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía".[377]

De acuerdo con la Corte Interamericana, resulta esencial que "los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos".[378] En caso contrario, "[se] posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho".[379]

Por tanto, el Tribunal ha establecido que en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales "no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes".[380] Asimismo, "cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito.[381] De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada".[382]

d. Con relación a los derechos del niño (artículo 19)

El Tribunal ha afirmado que la obligación de investigar se ve reforzada en los casos que comprometen a víctimas que son niños y niñas al momento de los hechos.[383] Así, la "obligación de combatir la impunidad se ve acentuada cuando se trata de violaciones cuyas víctimas son niños",[384] de manera que el Estado debe materializar de un modo particular su obligación de investigar, dada la condición de vulnerabilidad inherente a aquellos.[385] De esta manera, "[e]l actuar omiso o negligente de los órganos estatales no resulta compatible con las obligaciones emanadas de la Convención".[386]

Asimismo, el Tribunal ha enfatizado las características especiales de la investigación que involucra los derechos de niños con discapacidad, al resaltar que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación.[387] En efecto, la Corte ha señalado que "los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas". Para alcanzar tales objetivos, "el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia". Ello, porque "[l]a presencia de condiciones

[377] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 211, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 257.

[378] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 211, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 170.

[379] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 211.

[380] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 180 a 182, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 257.

[381] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 181, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 202.

[382] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 202.

[383] Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 145.

[384] Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 154.

[385] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 93, y Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, *op. cit.*, párr. 77.

[386] Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 259.

[387] Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 135.

de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses".[388]

Así, citando al artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte ha precisado los alcances del derecho al acceso a la justicia y las obligaciones que los Estados deben asumir frente a niños con discapacidad, *inter alia*: i) asegurar que tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares, y ii) promover la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.[389] En ese sentido, respecto a las autoridades judiciales a cargo de los procesos, el Tribunal ha señalado que es imprescindible que tengan en cuenta las particularidades relacionadas con la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor de edad con discapacidad.[390] De esta manera, los procesos que involucran a un menor de edad que se encuentra en condición de discapacidad, implica una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos.[391]

A mayor abundamiento, la Corte ha establecido que el Estado y sus autoridades deben prestar especial atención en caso de que se trate de un menor de edad con discapacidad cuya familia cuente con pocos recursos económicos ya que de ello derivan consecuencias en el acceso de aquél a una rehabilitación apropiada. Al respecto, la Corte ha recordado entonces que "es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro".[392]

[388] *Ibidem*, párr. 268.
[389] *Ibidem*, párr. 137.
[390] *Ibidem*, párr. 201.
[391] *Ibid.*
[392] *Ibid.*

Artículo 26. Desarollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. S*entencia de 7 de febrero de 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.

Corte IDH. *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez.* Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales.* Sentencia de 15 de marzo de 1989.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana.* Sentencia de 8 de diciembre de 1995.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez.* Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez.* Sentencia de 7 de junio de 2003.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria*. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros.* Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides.* Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH. *Caso La Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros).* Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión IDH. *Caso 12.670, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de seguridad social y otras vs. Perú"*. Sentencia de 27 de marzo de 2009.

Comisión IDH. *Caso "Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Pensionados de la Compañía de Aviación Venezolana (VIASA) vs. Venezuela". Sentencia de* 13 de octubre de 2004.

Comisión IDH. *Caso "Ana Victoria Villalobos y otros vs. Costa Rica"*. Sentencia de 11 de marzo de 2004.

Comisión IDH. *Caso "Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras"*. Sentencia de 12 de noviembre de 2009.

Comisión IDH. *Caso "Laura Tena Colunga y otros vs. México"*. Sentencia de 13 de octubre de 2004.

Comisión IDH. *Caso "Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH-sida vs. Guatemala"*. Sentencia de 7 de marzo de 2005.

Artículos y publicaciones académicos

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2º ed. (2004).

ABRAMOVICH, Víctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos.* En: *Presente y Futuro de los Derechos Humanos:* Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez.

COURTIS, Christian. *Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los "Cinco Pensionistas" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Revista Mexicana de Derecho Público N°6, ITAM, Departamento de Derecho (2004).

COURTIS, Christian, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* En: COURTIS, Christian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA Gabriela (comps.). *Protección internacional de derechos humanos.* Nuevos desafíos, Porrúa-Itam, México (2005).

COURTIS, Christian (comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires (2006).

COURTIS, Christian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA Gabriela (comps.). *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos,* Porrúa-Itam, México (2005).

HOYOS, Carlos. *El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo.* Canadá-México, Université de Québec, Quebec (2002).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, IIDH, San José, (2009).

LANGFORD, Malcolm (ed.). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law,* Cambridge University Press, New York (2008).

MELISH, Tara. *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights,* Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, (2002).

MELISH, Tara, *The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions, y The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity,* ambos en: LANGFORD, Malcolm (ed.), Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, New York (2008).

ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor. *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En: MARTÍN Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN Diego y GUEVARA B. José Antonio (comps.). *Derecho internacional de los derechos humanos,* Fontamara-Universidad Iberoamericana, México (2004).

SEPÚLVEDA, Magdalena. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,* Intersentia, Amberes (2003).

TRINDADE, Antonio. *A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional.* En: *Presente y futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (1998).

URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* Revista IIDH N° 30-31, IIDH, San José (2000).

Índice

I. Introducción

El artículo 26 de la CADH es la solitaria cláusula del capítulo III, dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales. Esta disposición ha sido poco aplicada por los órganos de protección del Sistema Interamericano, y ha recibido relativamente poca atención doctrinaria.[1] Tal situación puede ser explicada por diversos factores, tales como el contexto histórico de crecimiento del Sistema Interamericano, el relativo aislamiento del artículo 26 en la Convención, la particular técnica remisiva de su redacción, o el tardío desarrollo normativo de la noción de "progresividad" en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En los últimos años, se ha registrado un lento avance en la materia en el trabajo de la Corte y de la Comisión Interamericanas, aunque la jurisprudencia existente es aún insuficiente para ilustrar de manera completa los distintos desafíos interpretativos que plantea esta cláusula.

El texto plantea varios interrogantes. Al menos dos cuestiones importantes requieren ser elucidadas. En primer lugar, el *alcance de la remisión* del artículo 26: a diferencia del Capítulo II del Pacto, relativa a los derechos civiles y políticos, los derechos a los que se refiere el artículo 26 no son individualizados por el texto del artículo 26, sino que obligan al intérprete a acudir a otro documento –la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. En segundo lugar, una vez identificados los derechos a los que se refiere la norma, es necesario determinar el contenido de las obligaciones específicas que establece el artículo 26 para los Estados partes, y su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención.[2] Entre ellas, cabe subrayar la necesidad de elucidar el contenido de la noción de "progresividad" o "desarrollo progresivo", la referencia a "la medida de los recursos disponibles"– ya que ninguno de estos elementos califica a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención. Analizaré en primer término la jurisprudencia de los órganos del Sistema en la materia, y seguidamente ofreceré posibles criterios de solución a los problemas interpretativos planteados, valiéndome de la escasa jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano sobre este artículo, de los estándares internacionales en la materia y de opiniones doctrinarias.

II. La jurisprudencia de los órganos del SIDH

1. La jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte Interamericana no posee jurisprudencia abundante sobre el artículo 26 de la Convención Americana. En algunos casos donde la Comisión o los representantes de las víctimas habían alegado violaciones al artículo 26, la Corte se negó a considerar el agravio, remitiendo a lo ya dicho a partir de otra calificación jurídica.[3] En el *Caso de la comunidad indígena Yakye Axa*, incluyó una referencia al artículo 26, como referencia para la interpretación de las obligaciones positivas del Estado necesarias para garantizar el derecho a una vida digna.[4] En el *Caso de las Niñas Yean y Bosico,* la Corte hace una

[1] Sobre el origen del artículo 26, puede verse Instituto Interamericano de Derechos Humanos, La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, IIDH, San José (2009), pp. 107-144.

[2] *Cfr*. Melish, Tara, Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito (2002), pp. 335-338.

[3] Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, s*entencia de 17 de junio de 2005, párr. 255; Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú,* sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 285; Corte IDH. *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,* sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 136; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 230.

[4] Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, pár. 163: "[e]n el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de

mención al artículo 26, al interpretar el alcance de las medidas de protección debidas a los niños, en relación al acceso a la educación.[5] Ambos párrafos son, sin embargo, bastante confusos, e insuficientes para articular claramente un criterio de aplicación.

Sólo en dos Casos, *Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía*, la Corte dedica al menos algunos párrafos al artículo 26 de la Convención – aunque en ambos casos desestimó pronunciarse sobre su alegada violación.[6]

En el *Caso de los Cinco Pensionistas*,[7] la demanda de la Comisión Interamericana incluyó un reclamo específico fundado en el artículo 26. En el caso se alegaba que el Estado había adoptado medidas de carácter regresivo en relación con el derecho a la seguridad social. El planteo ofrecía a la Corte la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la justiciabilidad del artículo 26 y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. La Corte desechó el agravio, a partir de las siguientes reflexiones:

> 147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.
>
> 148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.[8]

La interpretación de la Corte genera algunas dudas. El párrafo 147 parece sostener que la única forma de evaluar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de derechos económicos, sociales y culturales es en relación al conjunto de la población, cuando la Corte ha tratado en el mismo caso afectaciones individuales al derecho a una pensión, considerándolo parte del derecho de propiedad, y

---

las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT".

Sobre derecho a una vida digna y la obligación de desarrollo progresivo, véase también el comentario al artículo 4, de Carlos Ayala Corao y María Daniela Rivero, el cual forma parte de esta obra.

5 Corte IDH. C*aso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. S*entencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 185. La parte relevante del párr. referido dice lo siguiente: "[c]abe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe *proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual"* (el resaltado es mío).

6 Sobre relación de los artículos 21 y 26, derecho a propiedad privada y desarrollo progresivo, relacionado con los casos"Cinco Pensionistas" y "Acevedo Buendía", véase también el comentario al artículo 21 de Alejandra Gonza en esta misma obra.

7 Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003. Para un análisis extenso del caso, algunos de cuyos párrs. he adaptado aquí, ver Courtis, Christian, "Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los "Cinco Pensionistas" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista Mexicana de Derecho Público N°6, ITAM, Departamento de Derecho (2004), pp. 37-67.

8 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas*, *op. cit.*, párrs. 147 y 148.

empleando como criterio de interpretación el art. 5 del Protocolo de San Salvador[9], haciendo referencia al "propósito y razón de los derechos económicos, sociales y culturales".

La cita que hace la Corte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida a la noción de progresividad tampoco capta adecuadamente la doctrina de ese Comité, que –como veremos *infra*– sostiene que en *materia de derechos económicos, sociales y culturales existen obligaciones inmediatas, que la progresividad no significa absoluta discrecionalidad para el Estado, y que los derechos incluidos en el PIDESC pueden ser protegidos por mecanismos jurisdiccionales.*

La aparente conclusión de la Corte –que parece subordinar necesariamente el análisis de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales a una escala colectiva nacional– choca con la falta de competencia de la propia Corte para analizar informes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los países de la región, o para evaluar el estado de goce de esos derechos "sobre el conjunto de la población". La competencia contenciosa de la Corte la obliga a evaluar reclamos individuales o pluri-individuales, pero difícilmente puede plantearse ante sus estrados un planteo que involucre al "conjunto de la población", sin individualizar víctimas concretas.[10]

En todo caso, podría entenderse el párrafo 147 de la sentencia como la exigencia, por parte de la Corte, de un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26: la de *demostrar la relevancia colectiva del planteo*. Es decir: carga de demostrar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada.[11] El caso o casos concretos planteados serían, bajo este prisma de análisis, ejemplos concretos de una medida de la que se deriven consecuencias colectivas relevantes. Dada la dificultad práctica de articular una acción colectiva o grupal ante la Corte, los selectos representantes del grupo afectado cargarían con la obligación de demostrar la representatividad de las violaciones alegadas en función de un contexto colectivo o grupal. Se trataría, ciertamente, de una carga adicional de creación pretoriana, no prevista por la Convención – aunque podría entendérsela como salvaguarda formal que permita a la Corte medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el sistema.

El segundo caso relevante es *Acevedo Buendía*,[12] en el que la Corte se muestra más dispuesta a considerar violaciones al artículo 26, superando aparentemente las reticencias expresadas en el *Caso de los Cinco Pensionistas*. El caso también involucraba alegadas violaciones del Estado peruano en materia de pago de pensiones. El representante de las víctimas alegó que la falta de pago de las pensiones a las víctimas y la reducción del monto de las pensiones constituyeron violaciones al artículo 26 de la Convención. El Estado peruano, por su parte, cuestionó la competencia de la Corte para considerar agravios fundados en el artículo 26.

---

9 *Ibidem*, párr. 116.

10 V., en el mismo sentido, el argumento sostenido en el voto concurrente del juez de Roux Rengifo: "[e]l razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número".

11 En el mismo sentido parece leer las consideraciones de la mayoría el juez García Ramírez en su voto concurrente: "[p]or otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia –un tema ampliamente debatido– se debe medir *en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social*. Con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista".

12 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009.

La Corte señaló enfáticamente que es competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención, incluido el artículo 26,[13] y dedicó algunos párrafos a lo que hasta la fecha constituye el desarrollo más prometedor del tribunal interamericano en esta materia.[14] Así, la Corte señala que el estudio de los trabajos preparatorios de la Convención referidos al artículo 26 demuestran la voluntad de los Estados de establecer una disposición que *establezca cierta obligatoriedad jurídica en el cumplimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales y los mecanismos de su promoción y protección, frente a un texto más débil del Anteproyecto de Convención preparado por la Comisión Interamericana*.[15] La Corte señala que la revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos". Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso "hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales".[16]

A continuación, la Corte subraya que, dado que el Capítulo III de la Convención (que contiene al artículo 26) se encuentra en la Parte I del tratado, las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 situados en el Capítulo I de dicha parte también son aplicables al artículo 26.[17]

La Corte también recuerda la interdependencia existente entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, la ausencia de jerarquía entre ambas categorías de derechos y su plena exigibilidad ante las autoridades competentes, citando para ello el *Caso Airey* del TEDH.[18]

Por último, la Corte acude a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para ofrecer alguna guía interpretativa sobre el alcance de la noción de "desarrollo progresivo", señalando que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no puede lograrse en un breve período de tiempo, y requiere la flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que enfrenta cada país.[19] Sin embargo, la Corte afirma que

> 102. (…) En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.
>
> 103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra

[13] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía, op. cit.*, párr. 97.
[14] *Ibidem,* párrs. 99-103.
[15] *Ibidem,* párr. 99.
[16] *Ibidem,* párr. 99. Se omiten las notas al pié.
[17] *Ibidem,* párr. 100.
[18] *Ibidem,* párr. 101.
[19] *Ibidem,* párr. 102.

> justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

De modo que, para la Corte:

- el tribunal es competente para entender alegadas violaciones al artículo 26;

- el artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos económicos, sociales y culturales;

- las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención son aplicables a los derechos consagrados en el artículo 26;

- la noción de "desarrollo progresivo" no impide la rendición de cuentas y la eventual exigibilidad de los derechos ante las instancia llamadas a resolver violaciones;

- de la noción de "desarrollo progresivo" se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas. Tal deber también es justiciable – es decir, susceptible de control a través de mecanismos jurisdiccionales.

A pesar de este desarrollo –que aparece a todas luces como favorable a la justiciabilidad del artículo 26 y que ofrece además alguna guía sobre la interpretación de las obligaciones establecidas por esa disposición– la Corte no consideró necesario en el caso concreto expedirse sobre la violación alegada dado que el mismo agravio había sido resuelto por referencia a otras normas de la Convención (artículos 25 y 21). Respecto del agravio consistente en la alegada regresividad de las medidas en cuestión, la Corte consideró que el planteo no se refería a hechos que fueran materia de la controversia.

2. La jurisprudencia de la Comisión IDH

También la Comisión Interamericana ha considerado en algunos casos alegadas violaciones al artículo 26 de la Convención Americana. De los casos publicados a partir de 1990, sólo tres informes finales contienen un análisis circunstanciado de una alegada violación al artículo 26.

En el *Caso García Fajardo,*[20] la Comisión consideró la afectación de derechos laborales en el marco del artículo 26 de la Convención. En el caso, 142 trabajadores aduaneros habían sido despedidos por realizar una huelga considerada ilegal. Aunque los trabajadores obtuvieron ante la Justicia sentencias favorables que ordenaban su reintegro, el gobierno incumplió con esas sentencias. La Comisión decidió que los derechos laborales están protegidos por el artículo 26 de la Convención:

> 95. La Comisión considera que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones de los derechos de los trabajadores son claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios.

Para apoyar su razonamiento, la Comisión acudió a la DADDH y al Protocolo de San Salvador. En cuanto al agravio concreto, la Comisión juzgó –sin entrar en mayor detalle– que las medidas adoptadas por el Estado violaron los derechos laborales de los peticionarios:

> 101. La Comisión estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales.

[20] Comisión IDH, Informe Nº 100/01, Caso 11.381, "Milton García Gajardo y otros vs. Nicaragua", 11 de octubre de 2001.

En el *Caso Miranda Cortez,*[21] la Comisión –que previamente había concedido medidas cautelares– consideró una alegada violación al derecho a la salud, encuadrada como violación al artículo 26 de la Convención. De acuerdo con los peticionantes, el Estado habría violado el derecho a la salud de las presuntas víctimas, afectadas de VIH/SIDA, por no haberles suministrado los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedir su muerte y mejorar su calidad de vida.

La Comisión ya había aceptado en el informe de admisibilidad y en la consideración de la solicitud de medidas cautelares que el artículo 26 de la Convención Americana puede ser invocado para proteger el derecho a la salud – es decir, que el derecho a la salud es uno de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

Los peticionantes alegaron el incumplimiento de las medidas cautelares y requirieron a la Comisión la solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana. El Estado salvadoreño, por su parte, informó a la Comisión de los esfuerzos realizados para cumplir con las medidas cautelares, que – de acuerdo con el Estado – incluyeron la previsión de partidas presupuestarias para la adquisición de medicamentos, el establecimiento de mecanismos de coordinación técnica, el tratamiento individualizado de parte de las alegadas víctimas y la adopción de medidas educativas, de promoción de higiene y salud preventiva.

La Comisión se mostró satisfecha por los esfuerzos realizados por el Estado. Al respecto, señaló:

> 102. La CIDH observa que el Estado salvadoreño respondió a cada uno de los requerimientos con información referente a acciones concretas encaminadas a prestar la atención médica y los medicamentos que precisaban las personas incluidas en este caso. Aunque es cierto que 3 de estas personas fallecieron durante la vigencia de las medidas cautelares, la Comisión Interamericana considera que no se ha acreditado en el presente informe que ello se hubiera debido a una negligencia imputable al Estado salvadoreño, como fue imputado por los peticionarios. Por el contrario, la información demuestra que el tratamiento antirretroviral no puede entregarse de manera indiscriminada a todas las personas que portan el virus del SIDA, sino que depende de una evaluación médica.

La Comisión señaló además que el tratamiento antirretroviral no es aplicable indiscriminadamente a todas las personas infectadas con VIH/SIDA, ni existe un tratamiento único para todas ellas, apoyándose en un informe de la Organización Panamericana de la Salud.[22] En cuanto al desarrollo del estándar de interpretación aplicable al artículo 26, la Comisión, apoyándose en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y citando también el *Caso Cinco Pensionistas* de la Corte Interamericana, afirmó que "*el artículo 26 de la Convención Americana establece para los Estados partes, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica a su vez la obligación de no adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado*".[23] Recordó además que, de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que el Estado también tiene la carga de probar que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.[24]

A la luz de esas observaciones, la Comisión consideró que el Estado tomó:

> las medidas razonablemente a su alcance para ofrecer el tratamiento médico a las personas incluidas en el expediente. La Comisión IDH estima que las acciones del Estado fueron suficientemente

[21] Comisión IDH, Informe Nº27/09, Fondo, Caso 12.249, "Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador", 20 de marzo de 2009.

[22] Comisión IDH, Caso "Miranda Cortez", *op. cit.*, párr 103.

[23] *Ibidem,* párr. 106.

[24] *Ibidem,* párr. 105.

> expeditas, dentro de las circunstancias, para cumplir dicho objetivo de manera eficaz. No es posible hablar, por lo tanto, de alguna violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas identificadas en el Caso 12.249, como hubiera sucedido, por ejemplo, si se demostrara que el Estado se negó a atender a alguno de ellos. Más aun, en el desarrollo del trámite los servicios de salud salvadoreños fueron ampliando la cobertura en forma gratuita a otras personas infectadas con el VIH/SIDA, previo análisis médico. Tampoco se ha alegado que hubiera alguna regresión en el sentido de dejar de conceder algún beneficio a alguno de ellos que tuvieran con anterioridad.[25]

Por ende, decidió que no hubo violación al artículo 26 de la Convención Americana.

En el *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad social",*[26] la Comisión consideró una alegada violación al artículo 26 referida al derecho a la seguridad social. Los peticionantes alegaban que una reforma constitucional que tuvo lugar en el Perú había convalidado reducciones en los niveles de pensiones ya otorgados, y por ende era violatoria de la prohibición de regresividad o retroceso contenida en el artículo 26 de la Convención.

La Comisión analizó separadamente la aplicabilidad del artículo 26 al derecho a una pensión de vejez, el contenido de la prohibición de regresividad o retroceso contenida en el artículo 26, y la aplicación de esos principios al caso.

Con respecto a la primera cuestión, la Comisión Interamericana acudió – conforme a la remisión hecha por el artículo 26 de la Convención Americana –a la Carta de la OEA para derivar de su artículo 45 incisos b) y h) el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, citando a la Corte IDH, señaló que para la identificación de los derechos humanos contenidos en la Carta de la OEA es necesario integrar la Carta con las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre– que también contiene el derecho a la seguridad social en su artículo XVI. De modo que la Comisión decide que el derecho a la seguridad social es uno de los derechos cuyo desarrollo progresivo prescribe el artículo 26 de la Convención Americana.[27]

Con respecto a la segunda cuestión, la Comisión reitera algunas ideas ya formuladas en el Caso "Miranda Cortez". Para dilucidar el sentido del artículo 26, acude al texto del Protocolo de San Salvador, al PIDESC, a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la doctrina de la Corte Interamericana expuesta en el *Caso Cinco Pensionistas.*

Así, la Comisión señala que "la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la Comisión IDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención.[28]

Sin embargo, la Comisión efectúa una nueva consideración, distinguiendo entre regresividad y restricción de los derechos:

> 140. La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El *corpus iuris* interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad –y la obligación correlativa de no regresividad– establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es

[25] *Ibidem*, párr. 108.

[26] Comisión IDH, Informe Nº38/09, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú", 27 de marzo de 2009.

[27] *Ibidem*, párr. 133.

[28] *Ibidem*, párr. 138.

excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

También aquí –como la Corte en el *Caso Cinco Pensionistas*– la Comisión parece partidaria de analizar la posible restricción de derechos individuales a la luz del alcance colectivo de la medida. Aunque el párr. es confuso –comienza distinguiendo entre regresividad y restricción, pero parece confundirlos nuevamente en la oración final–, la indicación del señalamiento de la Comisión también parece ir en la dirección de requerir, para dar por configurada una violación a la prohibición de regresividad o retroceso, prueba de una afectación colectiva y no simplemente de una limitación individual del derecho alegado.[29]

En lo que hace al análisis concreto del caso, la Comisión consideró si la reforma constitucional fue regresiva y, en caso afirmativo, si tal regresión se encontraba justificada por razones de suficiente peso que la hagan compatible con el artículo 26 de la Convención Americana.[30] Al respecto, analizó separadamente varias cuestiones.

Primero, consideró la eliminación de la nivelación de las pensiones con los montos percibidos por los trabajadores en actividad. Aunque la Comisión acepta que esto pueda implicar una disminución a futuro de los montos percibidos, afirma que la mayoría de los pensionistas del sector público no gozaban de ese beneficio, y que por ende los pensionistas afectados no son representativos del estado de desarrollo del derecho a la seguridad social en el Perú. La Comisión señala que "al tratarse de un régimen cerrado, es razonable considerar que la nivelación en sí misma constituía un privilegio que por su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados [por la nivelación]".[31]

Segundo, consideró si el establecimiento de un tope máximo a las pensiones es regresivo. La Comisión señaló que la creación de topes máximos a las pensiones no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho. En el caso, la Comisión no juzgó acreditado que el tope fuera irrazonable o que la esencia del derecho hubiera sido afectada, valorando el hecho de que el tope máximo se incrementa periódicamente. Aunque el tope máximo afecte a algunos pensionistas, que verán reducido el monto de sus pensiones, la Comisión concluyó que "al haber afectado a un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar las condiciones en el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los demás beneficiarios, este extremo de la reforma tampoco constituyó una regresión prohibida por el artículo 26 de la Convención".[32]

Tercero, la Comisión analizó otro mecanismo de reajuste incluido en la reforma: para mantener el valor adquisitivo de las pensiones a pesar de la eliminación de la nivelación, los montos de las pensiones de las personas mayores de 65 años que no superen el tope máximo será incrementado de acuerdo al índice de precios al consumidor. También aquí la Comisión concluyó que no contaba con elementos para juzgar el mecanismo idóneo para mantener el valor adquisitivo de la pensión, y que el hecho de ser menos favorable para un grupo de pensionistas no implica necesariamente que sea regresiva en cuanto al grado de desarrollo general del derecho a la pensión, dado que el fin de las medidas era el de asegurar la viabilidad del sistema pensionario a futuro y eliminar la inequidad al interior del régimen.[33]

---

[29] El voto concurrente del Comisionado Carozza se distancia de esta consideración, proponiendo un test de más deferente con el Estado: si la "medida en cuestión tiene una relación racional con los esfuerzos del Estado para desarrollar progresivamente las condiciones económicas y sociales del país". Ver Comisión IDH, "Asocación Nacional de Ex Servidores…", *op. cit.,* voto concurrente del Comisionado Paolo Carozza, párrs. 8-12, especialmente párr. 12.

[30] Comisión IDH, Caso "Asociación Nacional de Ex Servidores…", *op. cit.,* párr. 141.

[31] *Ibidem*, párr. 142.

[32] *Ibidem*, párr. 143.

[33] *Ibidem*, párr. 144.

Por último, la Comisión consideró las disposiciones de la reforma que establecen que el monto de las pensiones de los menores de 65 años que reciban una pensión menor al tope máximo se ajustará periódicamente "de acuerdo a las posibilidades de la economía del Estado". La Comisión señaló que "en principio, eliminar la salvaguardia de un reajuste periódico y obligatorio, y cambiarla por un reajuste eventual de acuerdo a la discrecionalidad del Estado, puede constituir una medida regresiva". De todas maneras, la Comisión valoró la interpretación de esta cláusula hecha por el Tribunal Constitucional peruano. Dicho Tribunal consideró que la cláusula sólo podía considerarse constitucional en la medida en que se interpretara que el reajuste periódico en intervalos de tiempo razonable era obligatorio, y que la sostenibilidad financiera del Estado era sólo un criterio para establecer el monto de las pensiones. El Tribunal señaló también que controlará la realización del ajuste en el sentido prescrito. La Comisión consideró que tal interpretación del Tribunal Constitucional era razonable, y que por ende la norma no implica una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.[34]

En conclusión, la Comisión desestimó los agravios y no consideró que la reforma constitucional cuestionada violara el artículo 26.

Finalmente, la Comisión también ha considerado alegadas violaciones al artículo 26 de la Convención en diversos informes de admisibilidad, en casos cuya decisión sobre el fondo aún no ha sido emitida o publicada. En el *Caso Pensionados de VIASA* consideró admisible una petición que versaba sobre el derecho a la seguridad social, juzgándolo protegido por el artículo 26 de la Convención.[35] En el *Caso Villalobos* decidió admitir una petición en la que se alegaba una violación al derecho a la salud, considerando que dicho derecho también está incluido dentro del marco de protección del artículo 26.[36] En el *Caso de los Buzos Miskitos,*[37] la Comisión admitió una petición en la que se alegaba el incumplimiento de obligaciones de supervisión de las condiciones de trabajo de trabajadores dedicados a la pesca submarina. La Comisión decidió que el artículo 26 de la Convención Americana tutela el derecho al trabajo.

En el *Caso Tena Colunga,*[38] que versaba sobre alegadas violaciones a derechos laborales, la Comisión señaló que aunque era incompetente para casos expresamente previstos, tenía competencia para considerar violaciones al artículo 26, utilizando el Protocolo de San Salvador como instrumento interpretativo.[39] De todos modos, consideró inadmisible la petición por juzgar que no exponía hechos que caracterizaran una violación de los derechos garantizados por la Convención.

En el *Caso Cuscul Pivaral,*[40] los peticionarios invocaron el artículo 26 en relación con una alegada violación del derecho a la salud. La Comisión consideró que, pese a la modalización de las obligaciones establecidas en ese artículo en términos de progresividad, existen al menos dos supuestos en los que el derecho a la salud es inmediatamente exigible: discriminación y peligro de la vida.[41] En el caso concreto, juzgó que ninguna de estos supuestos resultó debidamente comprobado y, en consecuencia, consideró inadmisible el caso respecto al agravio fundado en el artículo 26.

---

[34] Comisión IDH, Caso "Asociación Nacional de Ex Servidores…", *op. cit*., párrs. 145 y 146.

[35] Comisión IDH, Informe Nº 69/04, Admisibilidad, Petición 667/01, "Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Pensionados de la Compañia de Aviación Venezolana (VIASA)) vs. Venezuela", 13 de octubre de 2004, párrs. 46 y 61.

[36] Comision IDH, Informe Nº 25/04, Admisibilidad, Petición 12.361, "Ana Victoria Villalobos y otros vs. Costa Rica", 11 de marzo de 2004, párrs. 52 y 70.

[37] Comisión IDH, Informe Nº 121/09, Admisibilidad, Petición 1186-04, "Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras", 12 de noviembre de 2009.

[38] Comisión IDH, Informe Nº 44/04, Inadmisibilidad, Petición 2582/02, "Laura Tena Colunga y otros vs. México", 13 de octubre de 2004.

[39] Comisión IDH, Caso "Tena Colunga", cit., párr. 40.

[40] Comisión IDH, Informe Nº 32/ 05, Admisibilidad, Petición 642/05, "Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH-sida vs. Guatemala" 7 de marzo de 2005.

[41] Comisión IDH, Caso "Cuscul Pivaral", cit., párrs. 42-45.

III. Esbozo interpretativo

1. El alcance de la remisión del artículo 26 de la CADH

Como ya he señalado, una primera dificultad interpretativa que plantea el artículo 26 consiste en que, en lugar de identificar explícitamente los derechos a los que se refiere, efectúa una remisión a las normas económicas, sociales, educativas, culturales y científicas de la OEA.[42] *Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos.* El primero consiste en *determinar cuáles son las "normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires"*. El segundo, identificadas ya esas normas, consiste en determinar *cuáles son los "derechos que se derivan" de esas normas*. La distinción es importante, porque el texto del artículo 26 sugiere que existen normas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires que, sin consagrar directamente derechos, pueden constituir la fuente de derechos en la medida en que éstos se deriven de aquéllas. Como veremos esta doble operación es necesaria en la gran mayoría de los casos, dado que el objeto fundamental de la Carta de la OEA no era el de consagrar directamente derechos para las personas, sino el de crear la organización y fijar sus fines, imponiendo obligaciones a los Estados.[43] En este sentido puede decirse que, pese a lo escueto de su texto, es el artículo 26 de la Convención Americana el que asigna carácter de derechos humanos a parte de las referencias normativas de la Carta de la OEA en la materia –redactadas en términos de principios, objetivos y medidas de política pública que los Estados miembros de la organización se comprometen a adoptar.

En cuanto al primer paso, la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero, más general se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización (Capítulo I) y a los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II). Ya en este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar de ellos derechos para las personas. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por aquellas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias bajo el título "Desarrollo integral" (capítulo VII de la Carta, artículo 30 a 52). En él se establecen más minuciosamente principios y objetivos de política pública en materia económica, social, educativa, científica y cultural. En la estructura orgánica de la OEA, algunos de estos objetivos se repiten al asignársele funciones al Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (Capítulo XIII de la Carta).

La vinculación entre ese primer paso –la identificación de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA– y el segundo paso hermenéutico –la derivación de derechos de esas normas– requiere "traducir" principios u objetivos de política pública en derechos. Este problema no se plantea en aquellos pocos casos en los que las normas de la Carta de la OEA reconocen directamente derechos. De todos modos, en textos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, tales como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, no es infrecuente la identificación de algunos objetivos y metas (y a veces algunas medidas concretas) de política pública ligados con derechos específicos. Así, por ejemplo, el artículo 12.2 del PIDESC y el artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador *detallan medidas y objetivos de política pública que los Estados deben cumplir en materia de salud, como correlato necesario del reconocimiento del derecho a la salud*; el artículo 13.2 del PIDESC y los artículos 13.2 y 13.3 del Protocolo de San Salvador hacen lo propio con respecto a la educación.

---

42 En el mismo sentido, Rossi, Julieta/ Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en: Martín, Claudia/Rodríguez-Pinzón Diego/Guevara B., José Antonio (comps.), Derecho internacional de los derechos humanos, Fontamara-Universidad Iberoamericana, México (2004), pp. 457-480.

43 Ver, en este sentido, la opinión de Antônio Cançado Trindade, que, sin embargo, no avanza en la derivación de derechos de las normas de la Carta de la OEA como dispone el artículo 26. *Cfr.* Cançado Trindade, Antonio, "A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional" en: Presente y futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (1998), p. 186.

La existencia de una relación similar en otros instrumentos de derechos humanos entre derechos y objetivos (y medidas) de política pública facilita la "derivación" de los derechos a partir de esos objetivos y medidas de política pública, en la medida en que ofrecen el contexto hermenéutico adecuado para "desvelar" aquellos derechos "escondidos" detrás de las normas de la Carta de la OEA.

En todo caso, la falta de individualización concreta de derechos por parte del artículo 26 y de la mayoría de las normas de la Carta de la OEA, sumada al tenor del artículo 26, que prescribe al intérprete "derivar" derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquéllos. Son textos relevantes para identificar medidas u objetivos de política pública análogos –y, a partir de ellas, "desvelar" los derechos pertinentes– los demás instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a derechos económicos, sociales y culturales. Es necesario recalcar que el *mandato de "derivación" no surge del capricho del intérprete, sino de los mismos términos del artículo 26 de la Convención Americana –de modo que acudir a otras normas de derechos económicos, sociales y culturales parece un método razonable para cumplir con ese mandato.*

Esta línea de argumentación se ve suplementada por el criterio de la Corte IDH expresado en su Opinión Consultiva OC-10/89.[44] De acuerdo con esa Opinión Consultiva, que versa sobre la interpretación de la DADDH en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana, para identificar los derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es menester acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[45]

Aunque la consideración de la Corte es de carácter general, si se la aplica particularmente a las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA, se ha encontrado al menos uno de los instrumentos relevantes para la identificación de los derechos económicos, sociales y culturales a los que alude el artículo 26 de la Convención Americana: la Declaración Americana. Sin embargo, la Declaración es sólo uno, pero no el único instrumento relevante para identificar ("derivar") estos derechos de la Carta de la OEA. Como ya he dicho, otros instrumentos internacionales pueden ser importantes para señalar la derivación de un derecho a partir de una medida u objetivo de política pública incluidas en una norma de carácter económico, social, cultural, educativo o científico de la Carta de la OEA. Son particularmente importantes al respecto el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y aún otros tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer y los Convenios de la OIT.[46]

---

[44] *Cfr*. Melish, Tara, Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, cit., p. 338.

[45] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"del 14 de julio de 1989 (1989). Son especialmente relevantes los párrs. 43 y 45:
"43. [p]uede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA". (...)
"45. [p]ara los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales".

[46] La Comisión Interamericana ha empleado la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador para identificar los derechos tutelados por el artículo 26. Ver, por ejemplo, Comisión IDH, Caso "García Gajardo", cit., párrs. 96-98.

La identificación de derechos derivados de las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA

El segundo paso es el de la identificación de los derechos que se derivan de las normas relevantes de la Carta de la OEA. En un trabajo más extenso, en el que aplico las técnicas de inferencia explicadas antes, he propuesto una lista de derechos que pueden derivarse de las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA, fundamentando detalladamente cada derivación. Por razones de espacio, me limito aquí a sugerir esa lista, con mención a las normas pertinentes de la Carta de la OEA.[47] Los derechos que pueden derivarse de las mencionadas normas de la Carta de la OEA son, a mi juicio, las siguientes:

- El derecho a la educación;[48]

- El derecho al trabajo y los derechos laborales individuales y colectivos;[49]

- El derecho a la seguridad social;[50]

---

[47] Ver Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en: Courtis, Christian/Hauser Denise/Rodríguez-Huerta Gabriela (comps.), Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos, Porrúa-Itam, México (2005), pp. 10-29. En sentido generalmente coincidente, Melish, Tara, "The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions", y "The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity", ambos en: Langford, Malcolm (ed.), Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, New York (2008), pp. 343-344 y 375 respectivamente.

[48] Ver Carta de la OEA, artículo 49: "Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación". Complementariamente, varias otras normas de la Carta establecen medidas y objetivos de política pública de las que se puede derivar claramente el derecho. Así, por ejemplo, el artículo 34 h) fija como meta la "erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación"; el artículo 50 reitera el compromiso de los Estados con la erradicación del analfabetismo y con el fortalecimiento de los sistemas de educación para adultos y de habilitación para el trabajo; el artículo 47 establece que los Estados miembros "darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso"; el artículo 48 incluye entre los objetivos de la cooperación entre Estados la satisfacción de "sus necesidades educacionales". Más genéricamente, entre los principios de la Organización, se señala que "(l)a educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz".

[49] Ver Carta de la OEA, artículo 45, que dedica varios incisos a las condiciones que debe reunir un "orden social justo". Entre ellos, reconoce al trabajo como un "derecho y un deber social" y establece que su prestación debe incluir "un régimen de salarios justos, (que) aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar" (inciso b). El inciso c) establece que "(l)os empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva". El inciso d), por su parte, requiere "(j)ustos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad". En forma más genérica, el art. 34 g) incluye entre las metas para lograr un desarrollo integral, "(s)alarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos". El art 45 g) recalca la importancia de la contribución de los sindicatos a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo y el artículo 46 prescribe la necesidad de armonización de la legislación social de los Estados miembros en el campo laboral y de la seguridad social, "a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos".

[50] Aunque no esté expresamente mencionado como derecho, varias de las alusiones –explícitas e implícitas– de la Carta de la OEA permiten derivar su reconocimiento. El artículo 45 h) incluye, por ejemplo, entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo el "(d)esarrollo de una política eficiente de seguridad social". El artículo 46, ya referido, prescribe la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembros, en especial en el área laboral y de la seguridad social. En forma más difusa, entre los principios de la Organización, el artículo 3 j) incluye la seguridad social como base de una paz duradera. El artículo 45 b) alude implícitamente al derecho a la seguridad social: incluye dentro de las condiciones de prestación del trabajo "un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar". Es claro que la mención resaltada se refiere a las instituciones típicas de la seguridad social, que aseguran el mantenimiento de un ingreso en caso de interrupción de la prestación de trabajo (vejez, incapacidad o invalidez, desempleo, maternidad, etcétera), y se extienden además a la familia del trabajador o la

- El derecho a la vivienda;[51]
- El derecho a la alimentación;[52]
- El derecho a la salud;[53]
- Los derechos culturales;[54]
- Los derechos del consumidor y usuario.[55]

Como he señalado antes, la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano ha identificado hasta el momento, como derechos económicos, sociales y culturales derivables de las normas de la Carta de la OEA al *derecho a la seguridad social,*[56] el *derecho a la salud*[57] y los *derechos vinculados con el trabajo.*[58]

trabajadora. De estas menciones puede "derivarse" un derecho a la seguridad social.
Complementariamente, cabe observar también que entre los propósitos y metas más reiterados en la Carta de la OEA se encuentra la erradicación de la pobreza crítica y la mejor distribución de la riqueza y del ingreso. Así, por ejemplo, el art 2 g) de la Carta incluye entre los propósitos de la Organización "(e)rradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio". El art. 3 f) señala. entre sus principios, que "(l)a eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos. El artículo 34 de la Carta incluye entre los objetivos básicos del desarrollo integral, "la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso". El inciso b) de ese mismo artículo especifica como meta para lograr el desarrollo integral la "(d)istribución equitativa del ingreso nacional". De dicha menciones pude derivarse la necesidad de una consideración amplia del derecho a la seguridad social, que incluya no solamente los regímenes contributivos, sino también los no contributivos (denominados a veces regímenes de asistencia o protección social).

[51] Ver Carta de la OEA, artículo 34 incisos k) y l), que incluyen entre las metas necesarias para lograr el desarrollo integral los siguientes: "vivienda adecuada para todos los sectores de la población" (inciso k) y "condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna" (inciso l).

[52] Ver Carta de la OEA, el artículo 34 inciso j), que incluye entre las metas para lograr el desarrollo integral la "(n)utrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos".

[53] Ver Carta de la OEA, artículo 34 inciso i), que incluye entre las metas para lograr el desarrollo integral la "(d)efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica".

[54] Ver Carta de la OEA, artículo 50, que prescribe que los Estados "asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población"; artículo 30, que incluye entre los campos abarcados por el desarrollo integral el cultural; artículo 31, que señala que entre los campos de la cooperación interamericana para el desarrollo integral debe comprenderse el cultural; artículo 47, que subraya que los Estados miembros "darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso"; artículo 48, que dispone que los Estados miembros "se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos" y artículo 52, que establece que los Estados miembros "acuerdan promover (...) el intercambio cultural como medio eficaz para consolidar la comprensión interamericana y reconocen que los programas de integración regional deben fortalecerse con una estrecha vinculación en los campos de la educación, la ciencia y la cultura".

[55] Aunque los derechos del consumidor no formen parte del catálogo habitual del derecho internacional de los derechos humanos, estos derechos tienen estrecha relación con derechos económicos y sociales reconocidos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho al agua o el derecho a la vivienda son evidentes. Dos referencias de la Carta de la OEA resultan relevantes al respecto. En primer lugar, el artículo 34 inciso f) de la Carta de la OEA señala entre las metas básicas para lograr el desarrollo integral, la "(e)stabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social". Más explícito aún es el artículo 39 inciso b.i), que, entre las metas para lograr la continuidad del desarrollo económico y social, incluye "(m)ejores condiciones para el comercio de productos básicos por medio de convenios internacionales, cuando fueren adecuados; procedimientos ordenados de comercialización que eviten la perturbación de los mercados, y otras medidas destinadas a promover la expansión de mercados y a obtener ingresos seguros para los productores, suministros adecuados y seguros para los consumidores, y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores".

[56] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía, op. cit.*, párr. 106; Comisión IDH, *Caso "Asociación Nacional de Ex Servidores…", op. cit.,* párr. 130.

[57] *Cfr*. Comisión IDH, *Caso "Villalobos", op. cit.,* párrs. 52 y 70; *Caso "Miranda Cortez", op. cit.,* párrs. 77 y 79.

[58] *Cfr*. Comisión IDH, *Caso "García Fajardo", op. cit.,* párr. 95; *Caso "Buzos Miskitos", op. cit.,* párr. 50.

Queda una observación importante por hacer. La identificación de un derecho por vía de inferencia no agota necesariamente el problema de la determinación del *contenido* del derecho. En algunos casos, los propios objetivos y medidas de políticas públicas establecidas por la Carta de la OEA pueden fijar alguna pauta para la asignación de contenido al derecho, aunque difícilmente de manera completa. En la mayoría de los casos, sin embargo, las menciones de la Carta de la OEA apenas alcanzarán para identificar un derecho por su nombre –así, por ejemplo, el derecho a la seguridad social, o a la vivienda, o a la salud. Para la determinación del *contenido* –es decir, el complejo de obligaciones que nacen a partir de su reconocimiento– de los derechos identificados por vía de inferencia, la base textual ofrecida indirectamente por la Carta de la OEA es en la mayoría de los casos insuficiente, y será menester, como en la operación de identificación del derecho, acudir a otras fuentes. Para ello serán relevantes no sólo otros instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, sino particularmente la interpretación que de ellos hayan realizado los órganos pertinentes de supervisión de aquellos instrumentos. Entre los documentos que pueden fungir como guía interpretativa deben señalarse la DADDH, el Protocolo de San Salvador, el PIDESC, los convenios relevantes de la OIT, y las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. La aplicación de las obligaciones genéricas de la CADH al artículo 26

La pregunta que suscita el artículo 26 de la Convención Americana sobre derechos humanos es si le son aplicables las obligaciones estatales establecidas en forma genérica en los artículos 1 y 2 de la Convención. Una lectura armónica de la Convención conduce a una respuesta afirmativa: los artículos 1 y 2 encabezan la Convención, sin que existan motivos para distinguir su aplicabilidad al Capítulo II (Derechos Civiles y Políticos) y al capítulo III (Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El texto del artículo 1 es clarísimo al respecto: los Estados parte se comprometen a respetar "los derechos y libertades reconocidos en ella".[59] La propia Convención incluye entre los derechos consagrados derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, y el artículo 26 también se refiere a los "derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la OEA". La Corte Interamericana ha llegado a la misma conclusión en el *Caso Acevedo Buendía.*[60]

Si aún existiera alguna duda, correspondería interpretar los artículos 1 y 2 a la luz del principio *pro homine*, reflejado en el artículo 29 de la Convención. El inciso d) prohíbe interpretar la Convención en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Como hemos visto, la Declaración Americana incluye derechos económicos, sociales y culturales, y la Corte Interamericana prescribe su utilización para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA, de modo que excluir la aplicación de los artículos 1 y 2 al artículo 26 de la Convención significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la Declaración Americana, frustrando el mandato expreso del artículo 29 inciso d).

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de los artículos 1 y 2 de la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen de su artículo 26?

Primero, la aplicabilidad de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que ya hemos identificado. Para entender cabalmente el alcance de estas obligaciones respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, son particularmente relevantes la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[61] y los denominados Principios de

[59] *Cfr*. Abramovich, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos" en: Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, *op. cit*., pp. 159, 165 y 167; Melish, Tara, Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, *op. cit.*, p. 345.

[60] Corte IDH. *Caso "Acevedo Buendía", op. cit.,* párr. 100.

[61] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº3, "La índole de las obligaciones de los

Limburgo relativos a la aplicabilidad del PIDESC,[62] y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.[63] Son igualmente aplicables las conclusiones de la Corte IDH que desarrollan las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana.[64]

Segundo, la aplicabilidad del principio de no discriminación a esos derechos "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Para mayor claridad sobre la aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales es importante revisar de la Observaciones General N°20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[65] También resultan aplicables todas las conclusiones de la Corte IDH relativas al alcance de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la CADH.[66]

Tercero, la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26, si éstos no estuvieran garantizados por disposiciones legislativas y de otro carácter. Esto significa que la omisión de adoptar medidas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales supone de por sí una violación a la Convención, aunque, como veremos, esta obligación debe modularse a tenor del contenido del artículo 26, que constituye respecto del artículo 2 un caso de *lex specialis*. Retornaré sobre el punto al analizar el alcance de las obligaciones establecidas directamente por el artículo 26. En todo caso, es importante subrayar desde ya la necesidad de leer esa obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Observación General N°3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Principios de Limburgo y Directrices de Maastricht. De igual modo, es aplicable al artículo 26 la jurisprudencia de la Corte Interamericana referida al contenido de la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención.[67]

En el mismo sentido, también resultan aplicables a los derechos reconocidos por el artículo 26 las obligaciones derivadas de las normas contenidas en los capítulos IV y V de la Convención Americana, que contiene, respectivamente, normas sobre suspensión de garantías, interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado, y sobre la correlación entre deberes y derechos.

Estados Partes (párr. 1 del artículo 2 del Pacto)", E/1991/3, 14 de diciembre de 1990.

62 Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986, y adoptado por las Naciones Unidas (UN Document E/CN.4/1987/17).

63 Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht entre el 22 y 26 de enero de 1997.

64 Corte IDH. C*aso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 165; Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 161; Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana*, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párrs. 55 y 56; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 210; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 142.

65 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

66 Corte IDH*. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 53. (art. 1.1), párr. 54 (art. 24), párrs. 53-60 (no discriminación); Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño.*. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrs. 43-55; Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/2003 de 17 de septiembre de 2003, párrs. 82-110.

67 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *"Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 36; Corte IDH. *Caso Suárez Rosero*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 97; Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria*, Reparaciones, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 68; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 207; Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, párrs. 136 y 137; Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párrs. 176 y 178; Corte IDH. *Caso "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 85 y 87.

3. El alcance de las obligaciones establecidas por el artículo 26 de la CADH

La cuestión del contenido de las obligaciones impuestas por el artículo 26 en materia de derechos económicos, sociales y culturales es relativamente más sencilla. Esto se debe a la fuente del artículo 26, evidentemente, el artículo 2.1 del PIDESC. Basta transcribir esa norma para advertir las notorias similitudes de estructura y lenguaje:

> Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Si se pone entre paréntesis en el artículo 26 la expresión "que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires" –cuyo alcance ya hemos analizado–, el resto es casi idéntico. La única diferencia importante es que mientras el PIDESC se refiere al "máximo de los recursos de que disponga", el artículo 26 de la Convención Americana sólo dice "en la medida de los recursos disponibles". Dada la sustantiva coincidencia de ambas normas, es importante reiterar que, para analizar el contenido de las obligaciones establecidas por el artículo 2.1 del PIDESC y, por ende, para desentrañar el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados partes por el artículo 26 de la Convención Americana, es menester remitirse a la Observación General N°3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida a la índole de las obligaciones de los Estados parte del Pacto, en el que se analizan detalladamente cada uno de los componentes de la fórmula del art. 2.1.[68] Resultan de igual modo relevantes los ya mencionados Principios de Limburgo y Directrices de Maastricht.

Cabe aquí resaltar una particularidad de la Convención Americana: dado que la fuente del artículo 26 es el artículo 2.1 del PIDESC, que en ese Pacto –sólo dedicado a derechos económicos, sociales y culturales– funge como cláusula general, es inevitable cierta redundancia con el artículo 2 de la Convención, en la medida en que éste funge, en la sistemática del tratado interamericano, también como cláusula general. Esta redundancia se verifica en dos partes del artículo 26:[69] en la obligación de adoptar medidas, que el artículo 26 denomina "adoptar providencias", y en la especificación de que las medidas deben ser "apropiadas", e incluyen las medidas legislativas u otras. La redacción de ambas disposiciones apenas difiere: el artículo 2 dispone que los Estados partes se "*comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*", mientras que el artículo 26 establece que los Estados partes "*se comprometen a adoptar providencias (...) para lograr (...) la plena efectividad de los derechos (...) por vía legislativa u otros medios apropiados*". Este señalamiento es importante, ya que hace plenamente aplicable, al menos en estos segmentos, la interpretación elaborada por la Corte IDH acerca del artículo 2 de la Convención.

Más allá de los segmentos redundantes, es importante analizar los elementos suplementarios que incluye el artículo 26. Como adelanté al analizar la aplicabilidad del artículo 2 de la Convención a los derechos que surgen del artículo 26, la norma completa del artículo 26 puede entenderse como un caso de *lex specialis* con respecto a la cláusula general del artículo 2: la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos, es modalizada específicamente por

[68] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, cit. V. en general, Sepúlveda, Magdalena, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Intersentia, Amberes (2003), pp. 354-358.

[69] Uso el término en estricto sentido lógico, es decir, en el sentido de repetición de la información prescriptiva ya contenida en otra proposición del mismo cuerpo normativo. Ver, por ejemplo, Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia, EUDEBA, Buenos Aires, 5°ed. (1994), p. 128. No pretendo con ello afirmar que la redacción del artículo 26 sea, en este punto, desafortunada o inconveniente.

los componentes específicos del artículo 26 cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Carta de la OEA.

En todo caso, para colocar en contexto la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas para el caso de derechos económicos, sociales y culturales, vale referirse al desarrollo hecho al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 3:[70]

> 2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párr. 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "*to take steps*", en francés es "*s'engage à agir*" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Los párrafos 3 al 7 de esa Observación General desarrollan la noción de *medio apropiado*, y la inclusión dentro de esos medios de medidas legislativas. Los puntos más relevantes son los siguientes:

- la preferencia por las medidas legislativas ("en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables", párr. 3).

- el hecho de que la adopción de medidas legislativas no agota el contenido de la obligaciones del Pacto (párr. 4);

- la necesidad de que los Estados justifiquen por qué consideran que las medidas adoptadas son apropiadas (párr. 4);

- la inclusión, dentro de las medidas apropiadas para hacer plenamente efectivos los derechos del Pacto, la provisión de recursos judiciales para los derechos que se consideren justiciables (párrs. 5 y 6);

- la inclusión, entre las "medidas apropiadas", las medidas de "carácter administrativo, financiero, educacional y social" (párr. 7) y la provisión de recursos judiciales (párr. 5).[71]

Veamos ahora los componentes del artículo 26 de la Convención Americana (y del artículo 2.1 del PIDESC) que modalizan la obligación de adoptar medidas apropiadas. Se trata de tres condicionantes, que analizaremos a continuación:

- la progresividad de la plena efectividad de los derechos;

- la limitación de las medidas a adoptar a los recursos disponibles;

- la obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica.

Progresividad: aunque a primera vista la noción de progresividad parezca otorgar a los Estados partes un margen de apreciación amplio, no ha sido éste el sentido que le ha asignado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al término. Ciertamente, la noción de progresividad está ligada a la idea de gradualidad: el art. 26 de la Convención Americana y el 2.1 del PIDESC reconocen que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no pueden lograrse inmediatamente, sino que requiere la toma de medidas paulatinas, en algunos casos escalonadas temporalmente, y la administración de recursos escasos, que implica la necesidad de optar entre objetivos.

---

[70] Para un análisis detallado de estas obligaciones, ver Sepúlveda, Magdalena, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, cit., pp. 311-378; Melish, Tara, Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, cit., pp. 155-190; Abramovich, Víctor/Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2º ed. (2004), Capítulo II.

[71] En sentido coincidente, Principios de Limburgo, Principios 16 al 20; Directrices de Maastricht, Directriz 8.

Sin embargo, el Comité ha interpretado el alcance de esta obligación en dos sentidos. En primer término, el condicionamiento de la progresividad no se aplica a todas las obligaciones que surgen del PIDESC. Esto significa que existen algunas obligaciones de cumplimiento inmediato, no beneficiadas por la deferencia temporal que ofrece la idea de progresividad.[72] Estas obligaciones de cumplimiento inmediato son: la *obligación de adoptar medidas*, la *prohibición de discriminación* y el *aseguramiento de niveles esenciales de cada uno de los derechos* del Pacto.[73] Entre las medidas a adoptar inmediatamente se encuentran la adecuación del marco legal a las disposiciones del Pacto, el relevamiento de información, la vigilancia efectiva y la formulación de un plan, y la provisión de recursos efectivos, incluidos los judiciales. Sobre el aseguramiento de niveles esenciales de cada derecho, baste decir que el Comité ha articulado una definición de esos niveles esenciales en las Observaciones Generales referidas a los derechos a la vivienda, alimentación, educación, salud, agua, trabajo y seguridad social.

El Comité también ha abordado directamente la tarea de dar contenido a la noción de progresividad. Veamos qué dice al respecto:

> 9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.* Además, *todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.*

Es decir: la noción de progresividad implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales,[74] y la prohibición de adoptar medidas regresivas (la llamada *prohibición de regresividad*). En cuanto a la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos, un autor señala que, sentada como parámetro, puede dar al menos lugar a cuatro situaciones:[75]

- la de regresión
- la de estancamiento
- la de progreso insuficiente
- la de progreso suficiente

---

72 Ver también Principios de Limburgo, Principios 8 y 22; Directrices de Maastricht, Directriz 8.

73 Ver Principios de Limburgo, Principios 22, 25, 35 al 45; Directrices de Maastricht, Directrices 9, 10, 11, 12 y 15.

74 Ver, en el mismo sentido, Principios de Limburgo, Principio 21: "La obligación de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos exige que los Estados partes actúan tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos".

75 Hoyos, Carlos, El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo Canadá-México, Université de Québec, Quebec (2002) pp. 124 y ss.

Sólo la situación de progreso suficiente supondría un comportamiento conforme con el Pacto.

Sin embargo, dadas las dificultades de medición en sede judicial del progreso de todas las dimensiones de derechos que plantean facetas complejas, como los económicos, sociales y culturales, a efectos de su justiciabilidad ha resultado más útil el desarrollo de la *prohibición de regresividad*, entendida como la prohibición de adoptar medidas deliberadas que supongan el empeoramiento del nivel de goce de un derecho.[76] La ventaja de la prohibición de regresividad desde el punto de vista del control judicial consiste en que evaluar la reducción del contenido normativo de un derecho producido por una medida resulta más sencillo que evaluar sus consecuencias empíricas. Como hemos señalado, tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han aceptado la justiciabilidad de la *prohibición de regresividad*.[77]

Tal prohibición no es absoluta: las medidas deliberadamente regresivas constituyen una violación prima facie de la Convención, y corresponde al Estado demostrar que esas medidas son justificables. Entre los factores que podrían justificar un retroceso con respecto a determinados titulares de derechos se encuentra *la protección de los derechos de los grupos más desaventajados*.[78] En su demanda ante la Corte Interamericana en el *Caso Cinco Pensionistas*, la Comisión Interamericana invocó el parámetro establecido en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador, de acuerdo con el cual la justificación de limitaciones o restricciones a los derechos incluidos en ese instrumento requiere demostrar “que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”. De acuerdo a la interpretación de la misma Comisión, expresada en su Informe de Fondo en el caso “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social”, la limitación podría justificarse si tiene el propósito de proteger a los grupos sociales que están en peor situación: es decir, de acuerdo a la Comisión, tal limitación no contradiría el propósito y razón de tales derechos.[79] En su Informe de Fondo en el caso “Miranda Cortez”, la Comisión evoca *obiter dicta* la formulación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acerca de la carga de justificación del Estado: “si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que el Estado también tiene la carga de probar que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.[80]

La limitación de las medidas a adoptar a los recursos disponibles: este condicionante supone, como dije antes, alguna diferencia de redacción entre los dos instrumentos internacionales. Mientras en el PIDESC se habla de la obligación del Estado de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, el art. 26 de la Convención Americana se refiere a la obligación de adoptar providencias “en la medida de los recursos disponibles”. ¿Significa esta divergencia en la redacción alguna diferencia sustancial entre las dos disposiciones? La respuesta debe ser, me parece, negativa. *La “medida de los recursos disponibles” es justamente el “máximo de los recursos de que disponga”, no menos. Si fuese menos que el máximo, se trataría de la medida en que el Estado quisiera, discrecionalmente, dentro de los recursos disponibles. No parece ser esa la intención de la norma: la utilización de recursos para fines no prioritarios parece incompatible con el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos que surgen del artículo 26.*

---

76 *Cfr*. Principios de Maastricht, Principios 14 a) y e). Ver, al respecto, las contribuciones reunidas en Courtis, Christian (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires (2006).

77 Corte IDH. *Caso “Acevedo Buendía”, op. cit.*, párr. 103; Comisión IDH, casos “Miranda Cortez”, párrs. 105-106 y “Asociación Nacional de Ex Servidores…”, *op. cit.*, párr. 139.

78 *Cfr*. Comisión IDH, Caso “Asociación Nacional de Ex Servidores…”, *op. cit.*, párrs. 143 y 144.

79 *Cfr*. Comisión IDH, Caso “Asociación Nacional de Ex Servidores…”, *op. cit.*, párrs. 142-146.

80 *Cfr*. Comisión IDH. *Caso Miranda Cortez, op. cit.*, párr. 105. De todos modos, la Comisión no considera aplicable dicho estándar a los hechos del caso. La Comisión cita la fórmula del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales originalmente incluida en la Observación General Nº 3 y reiterada consistentemente en su doctrina posterior. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº3, *op. cit.*, párr. 9.

Sentada la equivalencia de las dos expresiones, veamos qué ha dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la cuestión.[81] En el párr. 10 de la Observación General No. 3, el Comité señala, en caso de incumplimiento de las obligaciones mínimas esenciales correspondientes a cada uno de los derechos del Pacto, para probar que ello se debe a la falta de recursos, el Estado debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición. En cuanto a la falta de recursos, el Comité agrega lo siguiente

> 12. De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (...)

Se trata, claro está, de uno de los principios liminares del derecho social, que prescribe la preferencia por los grupos que no pueden satisfacer por sí sus necesidades básicas, y por los que se encuentren en peor situación.[82]

El Comité señala también en el párr. 13 de la Observación General N°3, "que la frase "hasta el máximo de los recursos de que disponga" tenía la intención, según los redactores del Pacto, *"de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales*".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales produjo además una declaración denominada *evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles*[83] *de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto"*, en la que se refiere específicamente al tipo de criterio que adoptaría el Comité para considerar comunicaciones o peticiones en las que se debatiere la cuestión de los recursos disponibles en relación con la obligación de adoptar medidas, una vez que el Protocolo Facultativo al PIDESC entre en vigor. Además de reafirmar algunos conceptos ya desarrollados en la Observación General No. 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas agregó que:

> cuando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, […] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son 'adecuadas' o 'razonables', el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes:
>
> a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales;
>
> b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria;
>
> c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos;
>
> d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto;
>
> e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas; y

---

[81] Ver también Principios de Limburgo, Principios 25 al 34; Directrices de Maastricht, Directrices 10 y 13.

[82] Ver Principios de Limburgo, Principios 14 y 28; Directrices de Maastricht, Directriz 14 d).y g), 20 y 21.

[83] Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto", E/C.12/2007/1, 10 de Mayo de 2007. La Corte Interamericana invoca esta declaración en el *Caso Acevedo Buendía*. Ver Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía, op. cit*., párr. 108, nota a pie de página 88.

f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.[84]

Si el Estado alega limitaciones de recursos para explicar la adopción de medidas regresivas, el Comité señala los siguientes criterios de evaluación, aclarando que el análisis corresponderá al contexto de cada Estado:

a) el nivel de desarrollo del país,

b) la gravedad de la violación alegada, y particularmente si la situación concierne el goce del contenido mínimo esencial del Pacto,

c) la situación económica actual del país, en particular el hecho de que el país experimente un período de recesión económica,

d) la existencia de otras exigencias graves que comprometan el empleo de los recursos limitados del Estado parte: por ejemplo, las que se deriven de un desastre natural o un conflicto armado internacional recientes,

e) si el Estado parte ha buscado identificar opciones de bajo costo; y

f) si el Estado parte ha buscado cooperación y asistencia o ha rechazado ofertas de recursos de la comunidad internacional destinadas a la implementación de las disposiciones del Pacto sin razón suficiente.[85]

La obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica. El Comité considera que acudir a la asistencia y cooperación internacional es una obligación de los Estados. Además de dedicar algunos párrafos de la Observación General No. 3 –los párrafos 13 y 14– a la cuestión, el Comité produjo una Observación General, la No. 2, dedicada exclusivamente a la cuestión de las medidas internacionales de asistencia técnica. Tanto en la Observación General No. 3, como en las observaciones dedicadas a desarrollar puntualmente derechos del PIDESC, el Comité sostiene que recae sobre el Estado, en caso de falta de recursos, la demostración de que hizo esfuerzos para acudir a la cooperación internacional y que, aún así, no logró obtener los recursos necesarios.[86]

[84] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles"…", párr. 8.

[85] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles"…", párr. 10.

[86] Ver también Principios de Limburgo, Principios 29 a 34.

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. Las disposiciones precedentes no autorizan la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos) ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4).* Opinión Consultiva OC-3/83 Serie: fallos y opiniones N° 3

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86. Serie A No. 6.Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87.

Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derecho Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/3 de 17 de septiembre de 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, Lawless vs. Irlanda, (no. 3), sentencia del 1º de julio de 1961, Serie A no. 3.

Artículos y publicaciones académicos

BUERGENTHAL, Thomas y otros. *La protección de los derechos humanos en las Américas,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. CIVITAS, Madrid, 1990.

DESPOUY, Leandro. *Los derechos humanos y los Estados de excepción,* IIJ, UNAM, México, 1999.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de excepción y la defensa de la Constitución,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado Vol 37 No. 111, México/Sep/Dic. 2004.

GROSSMAN, Claudio. *El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia, en:* Estudios Básicos de derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comisión de la Unión Europea, San José, 1994.

ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de Excepción y los derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de la Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2010.

Índice

I. Introducción

Las disposiciones jurídicas para regular los estados de excepción surgieron en el derecho romano. Los actuales regímenes democráticos contemplan en sus constituciones normas que autorizan a los gobiernos la suspensión de derechos y garantías en situaciones de emergencia. Desgraciadamente, en el caso de América latina en diversas ocasiones, dichas normas han sido utilizadas para el establecimiento de regímenes dictatoriales o el otorgamiento de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

En la actualidad el derecho internacional de los derechos humanos si bien permite a los Estados separarse de sus obligaciones internacionales para hacer frente a las situaciones de emergencia, limita la suspensión de determinados derechos y condiciona la suspensión de otros al cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en los tratados internacionales.

Todos los sistemas jurídicos del mundo prevén la posibilidad de que se puedan adoptar medidas especiales para hacer frente a situaciones de crisis. Ello explica que, tanto el derecho interno de los Estados, como el derecho internacional admiten que, en tales circunstancias, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos fundamentales. Esto último puede parecer una paradoja, y de alguna manera lo es, puesto que se trata de la posibilidad legal de suspender el ejercicio de ciertos derechos como el único medio para garantizar el goce efectivo de los más elementales.[1]

Como lo ha establecido claramente la Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-8/87, si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma "comporte

[1] ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub. 2/1997/19, Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, párr. 42.

la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben cernirse”.[2]

El derecho internacional de los derechos humanos permite la suspensión del ejercicio de ciertos derechos en situaciones de emergencia siempre que se cumplan con ciertos requisitos. Lo anterior está contemplado en el artículo 4 del PIDCP, el artículo 27 de la CADH y en el artículo 15 del CEDH. El Pacto de San José contiene un catálogo más extenso de derechos que no pueden suspenderse *y es el primer instrumento internacional que prohíbe la suspensión de las "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos*.

En la actualidad el estado de excepción está regulado tanto por normas internas de los Estados, establecidas en las constituciones o normas fundamentales, y por el derecho internacional. Así pues, el estado de excepción sólo podrá declarase o prorrogarse de conformidad con dichas disposiciones. Por lo anterior, los Estados deberán de adecuar su legislación a las normas y principios internacionales que rigen la legalidad del estado de excepción. Para evitar que el estado de excepción quede al arbitrio de leyes circunstanciales, el mismo deberá de tener rango constitucional y regular todas las situaciones excepcionales que podrían dar lugar a la declaración de algún tipo de limitación en el ejercicio de los derechos.

El artículo 27 de la Convención Americana reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocido por la Convención. Por una parte, autoriza a los Estados Parte a suspender de manera unilateral y temporal algunas de sus obligaciones convencionales. Por otra parte somete tanto la adopción misma de la medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales a un régimen específico de salvaguardias. El objetivo principal de un Estado Parte que suspende ciertos derechos autorizados por la Convención debe ser el restablecimiento de una situación en la que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto de la Convención, ésta es la lectura que deber de hacerse del artículo 27 en el contexto del régimen de protección de los derechos humanos de la Convención.

La suspensión de garantías constituye una situación excepcional donde los Estados pueden establecer restricciones lícitas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Sin embargo la suspensión de garantías no implica la suspensión temporal del Estado de Derecho.[3]

II. Situaciones que autorizan la declaración de estado de excepción

Sin privilegiar o excluir ninguna situación en particular, el derecho internacional de los derechos humanos contempla la posibilidad de la suspensión de garantías para hacer frente a aquellas situaciones de emergencia *que constituya una situación excepcional*. Los diversos instrumentos internacionales que contemplan dicha posibilidad no mencionan de forma taxativa las causales que autorizan la declaración sino se limitan a establecer que las mismas constituyan situaciones excepcionales.

Con fines ilustrativos se señalan los siguientes motivos que los Estados suelen invocar para declarar un estado de excepción: amenaza a la seguridad del Estado, al orden público, a la vigencia de la Constitución y de las instituciones democráticas, existencia de actos de violencia, subversión o terrorismo, intento de golpe de Estado, asesinato de miembros del gobierno, vandalismo, ataque o amenaza de ataque del exterior, motines o rebeliones internas, etc. También se invoca con frecuencia la necesidad de hacer frente a calamidades públicas, catástrofes naturales (particularmente ciclones, terremotos, etc.) o provocadas por el hombre. En forma creciente se mencionan cuestiones étnicas y/o perturbaciones internas resultantes de tensiones sociales provocadas por factores económicos vinculados a la pobreza,

---

2 Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87 párr. 24.

3 *Cfr*. Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86. Serie A No. 6. párr. 32.

al empobrecimiento o a la pérdida de ventajas sociales por parte de segmentos importantes de la población.[4]

Sin embargo, la aplicación de la institución jurídica de la suspensión de garantías, *la declaración de un estado de excepción no sólo esta condicionada a la existencia de una situación de emergencia sino que debe de cumplir con ciertos requisitos específicos, como por ejemplo, la declaración oficial del estado de emergencia, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, la temporalidad de las mismas y otras que condicionan la legalidad de la medida.* Dichas limitaciones obran como garantías jurídicas para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias.

1. Condiciones para la suspensión de obligaciones

Es importante señalar algunos de los problemas generales que se han presentado en la interpretación del artículo 27 señalados por la Corte Interamericana:

> El título del artículo 27 es "Suspensión de Garantías"; el párrafo primero habla de "suspender las obligaciones contraídas"; el párrafo segundo de "suspensión de los derechos"; y el párrafo tercero de "derecho de suspensión". Cuando la palabra "garantías" se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables". Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.[5]

Como bien lo señala la Corte, el artículo 27.1 establece la posibilidad de suspender ciertas obligaciones contraídas bajo la Convención siempre y cuando se cumplan con determinados requisitos:

1. Que exista una amenaza excepcional;
2. Proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis;
3. Limitación temporal y geográfica de la suspensión de las obligaciones;
4. Compatibilidad con otras obligaciones internacionales;
5. Que las medidas adoptadas no discriminen.

2. Amenaza excepcional

Una guerra, el peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado conforma el concepto de "circunstancias excepcionales" que autorizan a suspensión de determinadas obligaciones. El peligro debe de ser actual o al menos inminente, en cuanto a sus efectos la situación debe de afectar a toda la población, a la totalidad de territorio o una parte del mismo y constituir una amenaza a la vida organizada de la sociedad.[6] La crisis o peligro debe de ser excepcional en el sentido que las restricciones permitidas por la Convención, para mantener el orden público, la salud o la seguridad pública resulten manifiestamente insuficientes. Durante un conflicto armado sea internacional o no internacional son aplicables las normas de derecho internacional humanitario que contribuyen junto con el artículo 27 de la Convención *a impedir el abuso de las facultades extraordinarias del Estado.* El

[4] ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub. 2/1997/19, Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, párr. 36.

[5] Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) párr. 18.* Opinión Consultiva OC-8/87.

[6] Corte Europea de Derechos Humanos, Lawless vs. Irlanda, (no. 3), sentencia del 1º de julio de 1961, Serie A no. 3, p. 14, párr. 28. El peligro debe de ser de tal magnitud que ponga en peligro la vida de la nación, dichos peligros son los únicos en los cuales se autoriza la declaración de un estado me emergencia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-1986, pp. 177-178.

derecho interno de los Estados debe de adaptarse a las límites señalados por el presente artículo y no suspender sus obligaciones en situaciones no contempladas por el mismo.

3. Proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis

Debe de existir una adecuación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la situación, este es un requisito cuyo cumplimiento tendrá que analizarse caso por caso. La adopción de medidas excepcionales presupone un peligro inminente y debe de existir una adecuación entre éste y las medidas para contrarrestarlo. Para que las restricciones sean legítimas deben de ser proporcionales a la gravedad del peligro.

Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben de ser ajustadas a "las exigencias de la situación" resulta claro que lo permisible en una de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.[7]

La suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborden aquéllos límites que deben de estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.[8]

Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevaron a las autoridades internas a declara un Estado de excepción, por lo tanto corresponde a éstas ejercer un adecuado y efectivo control de la situación. El alcance de la suspensión de los derechos debe de ser proporcional a la gravedad de la crisis. En los regímenes de excepción los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria.[9]

La proporcionalidad de las medidas guarda una relación directa con la duración, el ámbito geográfico y alcance material del estado de excepción. La obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación de los derechos.[10]

4. Limitación temporal y geográfica de la suspensión de las obligaciones

La limitación temporal se encuentra implícita en la naturaleza misma del estado de excepción, es fundamental señalar una limitación e el tiempo de a duración de la medida para evitar que la misma se vuelva una situación permanente. La Comisión IDH antes de la entrada en vigor de la Convención Americana basándose en las obligaciones contenidas en la DADDH, ya había afirmado el principio de temporalidad en diversas ocasiones, denunciando la aplicación rutinaria del estado de excepción en países tales como Haití (informe especial de 1979) y e Paraguay (visita *in situ* de 1965) y había recomendado el levantamiento del estado de excepción con respecto al Uruguay (informe anual de 1980) y en Argentina (informe especial de 1980).[11]

---

7 Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 22.

8 Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 38, *Cfr*. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto 2000, supra nota 45, párr. 99.

9 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007 (). Párr. 47.

10 *Cfr*. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 29, adoptada durante la 1950° reunión, el 24 de julio de 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001, párr. 4.

11 *Cfr*. ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub. 2/1997/19, Informe del Relator Especial Leandro Despouy

En cuanto a la limitación geográfica, si bien la misma no se desprende del texto del artículo 27, la misma debe de entenderse incluida en el contexto de la exigencia de proporcionalidad de las medidas. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que un estado de emergencia debe de cumplir con los requisitos de "duración, (…) ámbito geográfico y (…) alcance material criterio que fue adoptado por la Corte en el Caso Zambrano Vélez y otros.[12]

5. Compatibilidad con otras obligaciones internacionales

Este requisito busca compatibilizar las diversas normas internacionales que regulan la materia, puesto que un mismo estado puede ser parte de varias convenciones, universales y regionales que regulan los estados de excepción. Los términos "demás obligaciones que impone el derecho internacional" abarcan las obligaciones convencionales y consuetudinarias impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho humanitario. Los Estados parte no pueden invocar el artículo 27 de la Convención como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.[13]

El contenido del artículo 3 común a los cuatro Convenio de Ginebra constituye un mínimo normativo aplicable a cualquier tipo de conflicto armado, protección que aparece normativamente expresada en la "cláusula martens". El Protocolo II, que regula los conflictos armados de carácter no internacional contiene prácticamente todos los derechos irreductibles del PIDCP los cuales son prescripciones con valor universal, oponibles a los Estados inclusive en ausencia de toda obligación convencional o de todo compromiso expreso de su parte pudiéndose inclusive admitir que forman parte del *jus cogens*.

Tanto los tratados de derechos humanos como el derecho humanitario[14] *reconocen un núcleo inderogable de derechos, el cual, como veremos, es mucho más amplio en el caso de la Convención Americana. Este conjunto de derechos comunes al sistema internacional de protección de los derechos humanos y al derecho humanitario está compuesto por, el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura, tratos, penas crueles y degradantes, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal*.[15]

Por otro lado existen tratados internacionales sobre derechos humanos que no contemplan cláusula de suspensión alguna, por lo que, sus obligaciones seguirán vigentes aún en el caso de suspensión de algunas de las obligaciones de la Convención Americana. Tal es el caso de la Convención contra la Tortura, La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre Derechos del Niño así como las del sistema interamericano tales como la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, el Protocolo a la Convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, por citar algunos ejemplos.

---

sobre los derechos humanos y los estados de excepción, párr. 72.

[12] Citado por la Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Párrafo 48. En dicha asunto la Corte determinó que el Decreto No. 86 que establecía un estado de emergencia era incompatible con las obligaciones del artículo 27.1 ya que "no fijo un límite espacial definido" (…) tampoco determinó un límite temporal (…) ni estableció los derechos que serían suspendidos, es decir el alcance materia de la suspensión.

[13] *Cfr*. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 29, adoptada durante la 1950° reunión, el 24 de julio de 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001, párr. 11.

[14] *Cfr*. Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción" ("Normas de Turku"), aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo Finlandia.

[15] Principios intrasgredibles del derecho internacional consuetudinario. OC Legalidad del uso de armas nucleares, párr. 79 y 83. Derechos humanos no derogables art.. 27 Convención Americana, art. 15 Convención Europea, PIDCP art. 4; (obligación de informar sobre la derogación de ciertos derechos) art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

Asimismo, los Estados deben de tomar en cuenta la codificación de los crímenes de lesa humanidad, ya que ciertas violaciones a los derechos humanos pueden ser definidos como crímenes de tal naturaleza, y en tal caso, *un Estado no puede justificar su violación como consecuencia de la declaración de un estado de excepción*.[16]

6. Que las medidas adoptadas no discriminen

El artículo 27.1 de la Convención Americana al igual que el artículo 4 del PIDCP exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El hecho de que la prohibición de todas formas de discriminación no figure entre aquellos derechos mencionados en el párrafo 2 del artículo 27 no constituye un obstáculo para considerarlo implícitamente inderogable, ya que dicho artículo considera al principio de no discriminación como una condición necesaria para poder ejercer el derecho de suspensión de garantías.[17]

Por otro lado, la Corte ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, es decir al ser una norma de *jus cogens* no puede ser suspendido ni derogado.[18]

III. Derechos no suceptibles de suspensión

El objetivo y fin de los tratados de derechos humanos no es el intercambio recíproco de derechos y obligaciones entre los Estados sino la protección de los derechos de todos los seres humanos. Al aprobar dichos tratados, los Estado se someten a un orden legal por el bien común, asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino a los individuos bajo su jurisdicción.

En los tratados de derechos humanos existen derechos que no pueden derogarse ni suspenderse por causa de emergencia pública, y puede afirmarse de ellos que formar parte del objeto y fin del tratado.

> (…) toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe de ser considerada incompatible con e objeto y fin de la Convención y, en consecuencia no autorizada por ésta.[19]

En la cita anterior, la Corte Interamericana reconoce la existencia de derechos no suspendibles en la Convención Americana y en éste sentido señala que no resulta admisible ninguna reserva destinada a permitir a su autor la suspensión de algún derecho que la Convención reconoce como no suspendible, en otras palabras, la suspensión de determinados derechos no puede efectuarse con reserva ni sin ella, ya que dicha suspensión iría en contra del objeto y fin del tratado. Dicha opinión, conecta los principios de inderogabilidad y el de incompatibilidad, estableciendo con ello que los derechos no suspendibles pertenecen a la categoría de normas de *jus cogens*.[20]

---

[16] La protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprenden elementos que deben respetarse en toda circunstancia, esto se refleja en la prohibición del genocidio. La deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, por expulsión u otros actos coactivos constituye un crimen de lesa humanidad.

[17] La Corte Interamericana, se ha pronunciado en diversos casos en el sentido que una distinción arbitraria, es decir, una distinción carente de justificación razonable y objetiva constituye una discriminación. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/3 17 de septiembre de 2003, párr. 89. Sobre el concepto de discriminación veáse los comentarios al artículo 24.

[18] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentado.s* Opinión Consultiva OC-18/3 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

[19] Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4).* Opinión Consultiva OC-3/83 Serie: fallos y opiniones N° 3, párr. 61.

[20] Rodríguez Huerta, Gabriela, *Tratados sobre derechos humanos. El sistema de reservas*, ITAM, Porrúa, México, 2005, p. 58.

Hay dos modos de ver los derechos cuya derogación no está permitida. La primera interpretación es que la derogación de estos derechos no puede justificarse como una necesidad en una situación de emergencia pública. La segunda interpretación es que estos son *derechos núcleo* y por lo tanto al no ser derogables pertenecen al objeto y fin del tratado. Nos parece que la consagración de cierto derecho como no suspendibles por los tratados derechos humanos responde a ambas interpretaciones.

Aunado a lo anterior hay que destacar que la ampliación de los derechos humanos intangibles no sólo responde al carácter progresivo de la protección de los derechos humanos, sino el catálogo de los mismos ha sido ampliado por otras ramas del derecho internacional y por la interpretación de los órganos de control, como serían los órganos de control de las convenciones de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

1. Alcance material de la suspensión de garantías

La Convención Americana distingue tres tipos de derechos humanos: i) derechos que pueden ser objeto de limitaciones o restricciones, siempre y cuando se cumplan las condiciones que exige la propia Convención; ii) derechos que pueden ser suspendidos en la medida que se dé cumplimiento a los requisitos de forma y fondo que exige el artículo 27 de la Convención; iii) derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso.[21]

Ningún derecho de la Convención Americana puede ser suspendido si no se cumplen con las condiciones establecidas por el artículo 27.1, además el artículo 27.2 dispone límites al poder de Estado Parte ya que establece una categoría de derechos que no puede suspenderse en ningún caso. Algunos de estos derechos se refieren a la integridad de la persona, como son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de esclavitud y servidumbre; y el principio de legalidad y de retroactividad. Además prohíbe la suspensión de la libertad de conciencia y de religión; de la protección a la familia; del derecho al nombre; de los derechos del niño; del derecho a la nacionalidad y de los derechos políticos ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Sin duda alguna frente al PIDCP y el CEDH, la Convención Americana es la más protectora al extender la prohibición absoluta de suspensión a un número mayor de derechos.[22]

En palabras de la Corte (..) el artículo 27.2 dispone, como se ha dicho, límites al poder del Estado Parte para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida baja ninguna circunstancia y al incluir "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".[23]

> La determinación de qué garantías judiciales son "indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales "indispensables" para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.[24]

---

[21] Zovatto G., Daniel, Los Estados de Excepción y los derechos humanos en América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, p. 128.

[22] La Convención Europea prohíbe la suspensión de 4 derechos, derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratamientos inhumanos y degradantes, derecho a no ser sometido a esclavitud y servidumbre, principio de irretroactividad de la ley y la pena más favorable. Por su parte el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la suspensión de siete derechos, derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratamientos inhumanos y degradantes, derecho a no ser sometido a esclavitud y servidumbre, principio de irretroactividad de la ley y la pena más favorable, derecho a no ser encarcelado por el sólo hecho de no cumplir con una obligación contractual, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Por su parte la Convención Americana prohíbe la suspensión de once derechos.

[23] Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87.Párr. 23.

[24] *Ibidem*, párr. 28.

De acuerdo con la Corte las garantías tienen que ser judiciales e idóneas, que garanticen el ejercicio de los derechos a los que se refiere el artículo 27.2. Lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial. *Las garantías jurisdiccionales, son indeterminadas; en primer lugar por la diversidad de garantías judiciales existentes en el continente; y en segundo lugar por el distinto tipo de protección jurisdiccional a que responden los distintos tipos de derechos protegidos por dicho artículo.*

Como veremos a continuación la Corte Interamericana ha desarrollado criterios claros respecto de las garantías indispensables para la protección de los derechos no suspendibles.

2. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías

El hábeas corpus constituye el medio idóneo para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo, a través de dicho recurso, la presentación del detenido ante el juez le permite a éste la constatación de la legalidad de la detención y protegerlo contra la tortura u otras penas o tratos crueles y degradantes. Es por ello que constituye el recurso idóneo para la protección de una buena parte de los derechos protegidos por el artículo 27.2. Las garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada son aquellas contenidas en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana.[25] [26]

En un estado de derecho el control de la legalidad, por parte de un órgano judicial autónomo e independiente, de los actos que se realicen bajo una suspensión de garantías es fundamental. Sólo así se puede verificar si una detención, basada en la suspensión de la libertad, bajo un régimen de excepción, es legal.

3. Garantías judiciales en estados de emergencia

Las garantías judiciales indispensables deben de subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas durante los estados de excepción.[27]

Dichas garantías judiciales consagradas en los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana no pueden entenderse y ejercerse sin el cumplimiento del "debido proceso legal" consagrado en el artículo 8. Por lo que el debido proceso legal no puede suspenderse en cuanto constituye una condición necesaria para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención puedan considerarse como garantías judiciales, como sería el caso del amparo y el hábeas corpus.

IV. Notificación del estado de excepción

Los Estados partes de la Convención se han comprometido a observar un régimen de notificación internacional. La notificación es una medida de publicidad que tiene la función de informar a la comunidad internacional de la imposibilidad de cumplir con ciertas obligaciones de manera excepcional y transitoria. Dicha notificación es un requisito indispensable que habilita a los Estados a recurrir a las normas internacionales que le autorizan suspender ciertos derechos en circunstancias excepcionales.

La comunicación, del establecimiento de un estado de excepción, a los demás Estados partes de la Convención, se hará por conducto del Secretario General de la OEA y deberá de reunir los siguientes requisitos:

[25] Cote IDH, *Caso Loayza Tamayo*, párr. 46 c y 52, *Caso Durand y Ugarte*, párr. 107.

[26] Sobre concepto de habeas corpus, véase también el comentario al artículo 7, de Jesús María Casal, el cual forma parte de esta obra.

[27] Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derecho Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 21. Durand y Ugarte, supra nota 35, párr. 99.

1. Debe ser inmediata;
2. Debe señalar de manera expresa las disposiciones que se suspenden;
3. Debe expresar las razones que motivan dicha suspensión;
4. Deben notificar por el mismo conducto el levantamiento del estado de excepción.

La obligación de la notificación del artículo 27.3 constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva, cuyo objetivo y fin es la protección del ser humano. Asimismo constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención. Por ende, la falta de este deber de información implica el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 27.3.[28]

[28] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007 párr. 70.

Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria*. Reparaciones (art. 63(1) Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998.

Corte IDH. *Casos "Constantine y otros", "Hilaire" y "Benjamín y otros". Excepciones* preliminares del 1 de septiembre de 2001..

Corte IDH. *Caso Villagáan Morales y Otros, (Caso de los "Niños de la Calle").* Sentencia de 19 de noviembre 1999..

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005..

Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas..

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988..

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria.* Resolución de 27 de noviembre de 2002.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52..

Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo. Sentencia del 5 de febrero de 2001.*Opiniones consultivas

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, pág. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997.

CIDH, Caso Nº 9647, Estados Unidos, Resolución Nº 3/87, párr. 63, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987 OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 septiembre 1987.

CIDH, Resolución Nº 26/88, Caso 10109, Argentina, 13 de septiembre de 1988, párr. 4., Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.74Doc. 10 rev. 1, 16 septiembre 1988.

CIDH, Informe Nº 52/01, Caso 12.243, Juan Raul Garza, Estados Unidos, 4 de abril de 2001, párr. 88 y Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-16/99 (1º de octubre de 1999) "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal". CIDH, Informe No. 26/09, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, Wallace de Almeida, Brasil, 20 de Marzo de 2009, párr. 166.

CIDH, Informe Nº 35/01, Caso 11.634, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001.

Corte Internacional de Justicia

C.I.J. LaGrand (Germany vs. United States of America), Provisional Measures, C.I.J., Reports 1999, pág. 16, párr. 28.

Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Nicholas Toonen vs. Australia, Comunicación Nº 488/1992, U.N.Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

Artículos y publicaciones académicos

DALLA VIA, Alberto. *Estudios sobre Constitución y Economía,* UNAM, 2003.

BUERGENTHAL, Thomas. *Inter-American System for the Protection of Human Rights,* en: MERON, Theodor, *Human Rights and International Law,* Clarendom Press, Oxford.

MEDINA, Cecilia. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and The Inter-American System.* Martinus Nijhoff Publishers.

HOWARD, Dick. *Protecting Human Rights in a Federal System*, en: TUSHNET, Mark (editor), *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America* (1990).

BIDART CAMPOS, German. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. III.

GROSS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo.* Editorial Jurídica de Chile.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales.* 3º Edición (2004).

International Law Commission. *Report on the work of its fifty-third session*, (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10).

BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del derecho internacional actual.*

KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, Ludwik. *Federal Clause, Colonial Clause,* en: Encyclopedia of Public International Law (1995), Vol. Two.

LAPLANTE, Lisa. *Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention*, Netherlands quarterly of human rights; vol. 22, no. 3 (2004).

PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos,* Editores del Puerto.

MANTED, Nowak. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights,* en: CCPR Comentary, *Engel*, N.P. (publisher).

PIOVESAN, Flavia. *Reforma do Judiciario e Direitos Humanos,* mimeo, sin fecha.

JOSEPH, Sarah, SCHULTZ, Jenny y CASTAN, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary,* 2nd. Edition, Oxford University Press (2004).

SHARPE, Robert J. *The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective,* en: ALSTON, Philip (editor), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives,* 1999.

SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights.* Oxford University Press (2000).

TUSHNEt, Mark Editor. *Comparative Constitutional Federalism*, *Europe and America* (1990).

BRENNAN, William Jr. *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, 90 Harv. L. Rev. 489 (1977).

WOEHRLING, José. *Convergences et divergentes entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des Etats-Unis et du Canada,* (2000) 46 R.D.McGill 21.

Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31*, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto,* CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

CIDH, Informe Nº 35/01, Caso 11.634, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001.

Índice

I. Introducción

La mayoría de las personas protegidas por la CADH y por el sistema interamericano viven en países federales.[1] De allí, la importancia de analizar el artículo 28 de la Convención, la llamada cláusula federal, pues no son pocas las ocasiones en que el gobierno federal se encuentra en la situación de tener que responder a denuncias por faltas cometidas por sus Estados federados.[2] Asimismo, el hecho de que en muchas ocasiones los agentes públicos de violaciones a los derechos humanos dependen de los gobiernos locales y no del federal dificulta el cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales.[3]

---

1 Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Venezuela. La Comisión en un caso concreto, al analizar las obligaciones que surgen de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre para un Estado con estructura federal consideró pertinente analizar la regulación específica que sobre tal materia –el derecho a elegir representantes al Poder Legislativo Federal por parte de los residentes de la ciudad donde se asienta el Gobierno federal—existía en el resto de los países federales del continente americano. Ver Informe N° 98/03, Caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. 108.

2 Fabio Konder Comparato, A proteçao a os direitos humanos e a organizaçao federal de competências, en A Incorporaçao das normas internacionais de proteçao dos direitos humanos no direito brasilero, co-edición de IIDH-CICR-ACNUR-CE, 1996, pág. 281. Un ejemplo de esta situación se produjo en el caso Toomen contra Australia ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En dicho caso se cuestionaba dos disposiciones del Código Penal de Tasmania por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado. El Gobierno federal australiano concordó con el Señor Toomen en que éste último había sido víctima de injerencia arbitraria en su vida privada e incluso que podría ser víctima de discriminación y claramente indicó que no compartía los razonamientos de las autoridades de Tasmania. En su respuesta al Comité de Derechos Humanos, el Gobierno australiano acompañó las respuestas producidas por el Gobierno de Tasmania. Ver Comité de Derechos Humanos, Nicholas Toonen vs. Australia, Comunicación Nº 488/1992, U.N.Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en particular párrs. 6.1 y siguientes.

3 CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, pág. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997, Original: Portugués, Capítulo 5. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tomado en cuenta que la estrucutra federal de diversos estados dificulta, afecta u obstaculiza el cumplimiento cabal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Bélgica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.3 (1992), párr. 4 (toma nota de las dificultades principales con que se enfrenta Bélgica, a saber, el carácter centrífugo del federalismo belga); Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Suiza, U.N. Doc. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 6 (preocupa al Comité que la aplicación de las obligaciones del Estado Parte en virtud del Pacto en todas las partes de su territorio pueda verse dificultada por la estructura federal del Estado Parte).

También resulta cierto que *varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos*[4] *o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional*.[5] También *autoridades locales han pretendido desatenderse de sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el Estado federal y no por el estadual*.[6]

Por supuesto que no puede excluirse que existan circunstancias en las que la estructura federal permite que la protección de los derechos humanos sea mayor o mejor a nivel local que a nivel federal.[7] Por ejemplo, es posible que las Constituciones y leyes estaduales contengan mayores protecciones o reconozcan más derechos que sus pares federales.[8] También es factible que las normas jurídicas o instituciones destinadas a la protección de los derechos emerjan primariamente a nivel estadual para luego consolidarse federalmente.[9] Además, el federalismo ofrece la posibilidad teórica de un doble nivel de protección de los derechos a través de los mecanismos judiciales de los estados federados y de la Federación.[10] El alcance de la cláusula federal contenida en el artículo 28 debe definirse claramente a fin de no restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal[11] así como para evitar que los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones.[12]

---

4 Quizás el ejemplo más claro es la declaración que el Gobierno de Estados Unidos de América acompañó al momento de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice "[l]os Estados Unidos entienden que este Pacto será aplicado por el Gobierno federal en la medida en que tenga atribuciones legislativas y judiciales en las materias de que se trata; en los demás casos será aplicado por las administraciones estatales y locales; en la medida en que las administraciones estatales y locales tengan atribuciones sobre esas materias, el Gobierno federal tomará las medidas adecuadas según el sistema federal para que las autoridades competentes de las administraciones estatales o locales puedan tomar las medidas procedentes para el cumplimiento del Pacto".

5 Por ejemplo en el caso Garrido-Baigorria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Argentina "acepta las consecuencias jurídicas de los hechos... a la luz del artículo 28 párrs. 1 y 2 de la Convención.".. en un aparente intento de limitar los alcances de la responsabilidad del Estado. Solamente, ante un cuestionamiento de los representantes de las víctimas acerca del alcance de la misma, el Gobierno reconoció "in toto" su responsabilidad. Corte ID*H. Caso Garrido y Baigorria,* Sentencia de 2 de febrero de 1996, párr. 24 y 25.

6 Por ejemplo ver nota del Consejero General del Gobernador de Texas al Departamento de Estados Unidos (argumentando que dado que el Estado de Texas no es signatario de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es inapropiado solicitarle a Texas que determine si ha habido una violación de tal Convención). June 16, 1997, letter of Alberto Gonzales, General Counsel to Texas Governor George W. Bush, to Michael, Matheson.

7 Ver por ejemplo, William Brennan, Jr., State Constitutions and the Protection of Individual Rights, 90 Harv. L. Rev. 489 (1977) (argumentando que las Constituciones estatales son fuente de derechos que muchas veces van más allá que la Constitución federal y por ende los tribunales estatales no están limitadas al interpretar las Constituciones estatales por la interpretación de la Corte Suprema de Justicia a la Constitución federal) y Dick Howard, Protecting Human Rights in a Federal System, en Mark Tushnet Editor, Comparative Constitutional Federalism, Europe and America (1990), pág. 114 (sosteniendo que los Estados pueden proteger más ampliamente los derechos).

8 Por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en Argentina reconoce toda una serie de derechos a los niños que no tienen una recepción expresa en la Constitución Argentina, salvo la jerarquización constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y una mención sobre acciones afirmativas a favor de la niñez en el artículo 75 inciso 24.

9 Por ejemplo en Canadá, la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Québec fue adoptada en 1975 mientras que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades fue adoptada en 1982. En México, la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes fue creada en 1988 mientras que la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por Decreto presidencial en 1990 y elevada a rango constitucional sólo en 1992.

10 Ver José Woehrling, Convergences et divergentes entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l´exemple des Etats-Unis et du Canada, (2000) 46 R.D.McGill 21, pág. 39 y siguientes.

11 CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, pág. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997, Original: Portugués. (indicando que no puede dejar de expresar su preocupación por la falta de cumplimiento, por parte del Estado..., de muchas obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos en razón de que los Estados miembros o entidades estatales que forman parte de la República Federativa ejercen jurisdicción y tienen competencia respecto a delitos cometidos en sus respectivos territorios. El denominado "principio federativo", de acuerdo con el cual los Estados individuales gozan de autonomía, ha sido usado frecuentemente como explicación para impedir la investigación y determinación de los responsables de violaciones --muchas veces graves-- de derechos humanos y ha contribuido a acentuar la impunidad de los autores de tales violaciones).

12 CIDH, Caso Nº 9647, Estados Unidos, Resolución Nº3/87, párr. 63, Informe Anual de la Comisión Interamericana de

II. Obligaciones internacionales del Estado y federalismo

Antes de analizar el alcance específico del artículo 28 precisaremos como el derecho internacional regula todo lo relativo al federalismo. Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de Gobierno y de Estado que estimen pertinente, sea federal, unitaria o cualquier otra.[13] Sin embargo,

> [e]l Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito ese comportamiento según el derecho internacional. El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento.[14]

La Corte IDH ha establecido expresamente que:

> Según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional.[15]

La CIJ ha dicho que:

> La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado.[16]

Este principio encuentra su respaldo en la CVDT. En efecto, el artículo 27 de la Convención dice:

Derechos Humanos 1986-1987 OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 septiembre 1987. CIDH encontró que un Estado federal había violado sus obligaciones internacionales por permitir que la determinación de si los homicidios merecían la pena de muerte quede en manos de cada Estado de la Unión y no del Gobierno federal. En muchos países federales, las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del gobierno central. Un caso políticamente sensible que ha debido resolver es aquel en el que se alegaba la violación de los derechos de los residentes del Distrito de Columbia en Estados Unidos, que de acuerdo a la Constitución de dicho país no pueden votar, en tanto y en cuanto residen en la ciudad capital y asiento del Gobierno federal y los redactores originales de la Constitución temían que otorgarles la posibilidad de voto, podría crear desequilibrios e influencias indebidas en el Gobierno federal. Ver Informe N° 98/03, Caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. *100*.

[13] Julio A. Barberis, Los Sujetos del derecho internacional actual, pág. 59.

[14] International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session, (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10).

[15] Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria*, Reparaciones (art. 63(1) Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Corte IDH. (Ser. C) No. 39, párr. 46. Ver asimismo, Corte I.D.H. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 7 de julio de 2004, Medidas Provisionales, Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de la Cárcel de Urso Branco, Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade.
En el presente caso de la Cárcel de Urso Branco, tampoco puede el Estado pretender eximirse de responsabilidad internacional por violaciones de los derechos humanos (derechos a la vida y a la integridad personal de reclusos) por razones de orden interno ligadas a su estructura federal. Al respecto, la Corte Interamericana, en su Sentencia del 27.08.1998 en el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina* (reparaciones), invocó una "jurisprudencia centenaria", que hasta el presente no ha variado, en el sentido de que "*un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional*" (párr. 46). Y, en su célebre Opinión Consultiva n. 16 (del 01.10.1999), sobre *el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, - verdaderamente pionera e histórica, y que ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional in *statu nascendi* sobre la materia, - la Corte Interamericana determinó, sobre este punto específico, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, "independientemente de su estructura federal o unitaria" (párr. 140, y punto resolutivo n. 8).

[16] C.I.J., Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J., Reports 1989, pág. 51, párr. 73.

> Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.[17]

Tampoco puede el Estado alegar las disposiciones o insuficiencias de su derecho interno como eximente de su responsabilidad internacional.[18] *La Corte Interamericana ha desechado la posibilidad de la invocación del derecho interno incluida la Constitución como limitante de la responsabilidad internacional del Estado indicando que ello obligaría al tribunal a tener:*

> Como primer parámetro de referencia la Constitución de un Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana [lo que], acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención Americana.[19]

Como ha dicho la Comisión IDH específicamente refiriéndose al artículo 28:

> Una interpretación diversa de la obligación contenida en la cláusula federal conduciría al absurdo de convertir la protección de los derechos humanos en una decisión meramente discrecional, sujeta al arbitrio de cada uno de los Estados partes.[20]

El Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca. En derecho interno, por lo general el "Estado" se subdivide en una serie de entidades jurídicas distintas (ministerios, departamentos, unidades integrantes de una federación, etc) que pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Pero en derecho internacional, un Estado no puede eludir su responsabilidad internacional por un simple proceso de subdivisión interna. El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada.[21] Por lo tanto,

> Se considera[…] hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

El término órganos del Estado no se limita pues a los órganos de la administración central sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal.[22] La responsabilidad internacional del Estado se aplica por igual a los órganos de la administración central y a los de la administración regional o local. Desde el punto de vista del derecho internacional,

> no importa que la división territorial forme parte de un Estado federal o sea una región autónoma específica, y tampoco importa que el derecho interno del Estado confiera o no al Parlamento federal

---

17 El artículo 46 de la Convención permite la alegación de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, *en determinadas circunstancias*, por ejemplo cuando la violación de esas disposiciones "sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de [su] derecho interno".

18 Ian Brownlie, Principles of Public International Law, pág. 35.

19 Corte IDH. *Casos "Constantine y otros", "Hilaire" y "Benjamín y otros"*, sentencias sobre excepciones preliminares del 1 de septiembre de 2001, párrs. 84, 93, 84 respectivamente.

20 CIDH, Informe No. 26/09, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, Wallace de Almeida, Brasil, 20 de Marzo de 2009, párr. 166.

21 Comentarios al Proyecto de Artículos, pág. 66 y 67.

22 *Ibidem*, pág. 70. De hecho, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas analizó la responsabilidad del Estado que surgía por la actuación de sus municipios. Ver por ejemplo el caso Lindgren contra Suecia, donde se alegó discriminación debido a la diversidad de regímenes municipales de subsidios a escuelas privadas. Lindgren y otros vs. Sweden, Comunicación No. 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990).

> la facultad de obligar a la división territorial a atenerse a las obligaciones internacionales del Estado.[23]

En el asunto *La Gran*d, la Corte Internacional de Justicia declaró que el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean. Agregó que si las obligaciones internacionales caen dentro de la esfera de competencia del gobierno local, éste está obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales del Estado.[24]

La Comisión Interamericana ha señalado en repetidas oportunidades que cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el Gobierno nacional de dicho Estado responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los Estados miembros de la federación.[25] Consistente con esta interpretación ha señalado que "la responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos causadas por agentes del poder público *–independientemente…. [de la] entidad a la cual pertenezcan*– es imputable, en definitiva, al Estado".[26] Agregando recientemente,

> Como principio general del derecho internacional, los actos practicados por entidades federales u órganos de un Estado que violan una obligación asumida internacionalmente son atribuidos a este último al establecerse la responsabilidad internacional.[27]

Como consecuencia de estos principios, la aplicación de las normas internacionales debe realizarse en la totalidad del territorio de la federación. Recogiendo este postulado, el artículo 29 de la CVDT prevé:

> Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

Aplicando estos principios, la Corte Interamericana en una opinión consultiva sostuvo que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.[28]

En definitiva, según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno incluídas aquellas disposiciones estableciendo la estrutura federal. El Estado federal será siempre el responsable internacionalmente de asegurar que las obligaciones asumidas sean cabalmente cumplidas por las unidades componentes de la federación. Las unidades federativas se encuentran igualmente obligadas a cumplir con las obligaciones internacionales.

III. Las obligaciones de los estados federales en instrumentos internacionales de derechos humanos

Sentados sumariamente los principios generales del derecho internacional clásico vale la pena reseñar la regulación que incluyen otros tratados de derechos humanos a fin de tomar en cuenta el contexto legal en el que hay que interpretar la Convención. El tratado forma parte de un *corpus juris* internacional

[23] *Ibidem*, pág. 74.
[24] C.I.J. LaGrand (Germany vs. United States of America), Provisional Measures, C.I.J., Reports 1999, pág. 16, párr. 28.
[25] Comisión IDH, Informe Nº 35/01, Caso 11.634, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001; Informe Nº 10/0, Caso 11.599, Marcos Aurelio De Oliveira, Brasil, párr. 21, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 abril 2000 e Informe Nº 24/98, Caso 11.287, João Canuto De Oliveira, Brasil, 7 de abril de 1998, párr. 42. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero 1998.
[26] Informe nº 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 23 de febrero de 1999, párr. 121. El resaltado nos pertenece.
[27] CIDH, Informe No. 37/10, Publicación, Caso 12.308, Manoel Leal De Oliveira, Brasil, 17 de Marzo de 2010, párr. 143.
[28] Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 140.

de protección de los derechos humanos, al cual se puede recurrir para fijar el alcance de alguna de las disposiciones convencionales.[29]

Tradicionalmente, los tratados en general han incluído la llamada cláusula federal, esto es una disposición específica que fija el alcance del tratado respectivo en el ámbito federal.[30] Sin embargo, *la cláusula federal es cada vez más extraña en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos.* Dentro del propio sistema interamericano la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad no prevén una cláusula federal. Con ello, podría entenderse que la previsión de la Convención Americana es una excepción antes que una regla general en el contexto de los tratados interamericanos de derechos humanos y por ende debe ser analizada, interpretada y aplicada de manera restrictiva.

Tan solo la Convención de Belem do Pará previó en su artículo 20 una cláusula que estipula:

> Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.
>
> Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

En realidad, esta es una cláusula que los autores denominan territorial antes que federal[31] y que es común casi con un texto idéntico en tratados de derecho internacional privado.[32] No surge claramente de la historia legislativa ni de la práctica posterior que el artículo 20 de dicha Convención se refiera a las unidades territoriales de una federación o a posesiones territoriales de algunos Estados. De todas maneras ningún Estado ha hecho la declaración a la que se refiere el mencionado artículo para limitar la aplicación de la Convención.

Dentro del marco de las Naciones Unidas existe un claro predominio de las convenciones que no han previsto disposición alguna en materia de obligaciones o restricciones específicas para los Estados Federales. Así, entre otras la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura u otras Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no contienen cláusulas federales. Sólo dos antiguas convenciones, adoptadas con anterioridad a la Convención Americana y relacionadas con la protección de la persona humana, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en sus artículos 37 y 41, contienen una cláusula federal.

---

[29] Corte IDH. *Caso Villagran Morales y Otros, (Caso de los "Niños de la Calle").* Sentencia de 19 de noviembre 1999, párr. 192 y 194.

[30] Ver Ludwik Kos-Rabcewicz-Zubkowski, Federal Clause, Colonial Clause, en Encyclopedia of Public International Law (1995), Vol. Two, pág. 359.

[31] Ver Aust, *op. cit.,* Pág. 170.

[32] Ver por ejemplo Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Artículo 93 inciso 1.

Tanto el PIDESC como el PIDCP expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial sin excepción o limitación de algún tipo. Así el PIDESC en su artículo 28 y el PIDCP en su artículo 50 *disponen de manera idéntica* que:

> Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.[33]

Estas disposiciones fueron sumamente controversiales en el largo proceso de elaboración de los tratados. La principal discusión giró en torno a si estas disposiciones implicaban federalizar materias que estaban bajo la jurisdicción de las unidades de la federación. Finalmente, como se observa, primó la iniciativa de dejar claro que los Pactos se aplican a todo el territorio de la Federación, receptando así el principio del derecho internacional clásico.[34]

El Comité de Derechos Humanos ha entendido que si bien el Pacto permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el tratado con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno, incluidas las relativas a su estructura federal, para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado.[35] De conformidad con estos artículos, los gobiernos centrales en federaciones deben garantizar que la legislación y práctica de sus provincias se hallen en conformidad con las disposiciones de los tratados.[36]

Dentro de las Convenciones regionales de derechos humanos, ni el CEDH ni la CADHyP contienen una disposición referida al alcance de las obligaciones en los Estados federales.

La Convención Americana en tanto tratado internacional, debe ser interpretada teniendo en cuenta los principios generales de derecho internacional que fueron reseñados precedentemente.[37] En particular, es indispensable partir considerando las disposiciones de la Convención, en el contexto más amplio de los sistemas internacionales e interamericanos de derechos humanos, y de manera evolutiva en vista de los desarrollos en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que

---

[33] Un texto similar se encuentra en el artículo 41 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y en el artículo 4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[34] Ver Nowak, Manfed, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary, N.P. Engel, Publisher, pág. 636 y 637. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo se ha establecido un marco de coordinación, consulta e información entre el Gobierno federal, los estados componentes de la federación y la propia OIT. Ver artículo 19 inciso 7 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Esta cláusula es importante ya que, la Corte en diversas oportunidades a recurrido a las normas adoptadas en el marco de la OIT para interpretar normas pertinentes de la Convención Americana o de otros instrumentos de derechos humanos. Ver por ejemplo, Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 157 y sigs. (citando el Preámbulo de la OIT y el Convenio Nº 98 para interpretar el derecho a la libertad de asociación sindical), Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú,* Sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 74 (citando el Convenio Nº 87 para interpretar el derecho a la libertad sindical), Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 86 y 145 (citando entre otros los Convenios Nº 97, 111, 143 y 168, para analizar el principio de no discriminación).

[35] Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 4.

[36] Sarah Joseph, Jenny Schultz y Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary, 2nd. Edition, Oxford University Press (2004), pág. 14.

[37] Ver entre otros, CIDH, Resolución Nº 26/88, Caso 10109, Argentina, 13 de septiembre de 1988, párr. 4., Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.74 Doc. 10 rev. 1, 16 septiembre 1988 (utilizando la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) y CIDH, Informe Nº 5/96, Caso 10.970, Perú, 1º de marzo de 1996, párr. V.B.1, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc 7 rev., 28 febrero 1996 y Corte IDH. *Caso Barrios Altos, (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú).* Reparaciones, (Art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 30 de Noviembre de 2001, párr. 24. (utilizando jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia).

la Convención fue adoptada y con la debida consideración a otras reglas de derecho internacional aplicables a los Estados Miembros.[38]

Desde esta perspectiva, el artículo 28 de la Convención Americana ha sido calificado como "un anacronismo"[39] pues no se inscribe dentro de la tendencia del resto de los tratados de derechos humanos de no incluir en su normativa una cláusula federal. Por lo tanto, al interpretar el artículo 28 de la Convención se debe tener presente la jurisprudencia y práctica internacional en la materia.

IV. Los antecedentes del artículo 28 de la CADH

El artículo 32 de la CVDT permite acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración. Un análisis detenido de la historia legislativa indica que la preocupación principal de la delegación proponente del actual artículo 28 era no alterar el reparto interno de competencias pero no restringir el alcance territorial y jurisdiccional de la Convención.

El proyecto original de Convención preparado por la Comisión Interamericana, en su artículo 29 indicaba que:

> Cada Estado Parte, cuando constituya una federación, tomará las medidas necesarias, con arreglo a su Constitución y a sus leyes, para que se hagan efectivas las disposiciones de la presente Convención en todos los Estados, Provincias o Departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción.[40]

El gobierno de Estados Unidos sostuvo que el artículo era ambiguo y se prestaba a interpretaciones variadas. Sin embargo, concordaba en la necesidad de que se incluyera un artículo que enfatizara la necesidad de la cooperación entre el gobierno central y los gobiernos legales, pero sin alterar la distribución de poderes al interior de las federaciones. Por ende proponía una redacción que dejara en claro que "todos los gobiernos nacionales están sujetos a todas las disposiciones de la Convención respecto a la cual ejercen jurisdicción".[41] Ya durante, las discusiones puntuales sobre este artículo, la delegación de los Estados Unidos volvió a insistir en la necesidad de que no se adopte una disposición que cambie "totalmente la estructura de la actual forma de gobierno" haciendo legislar al gobierno federal sobre materias que no caían dentro de su esfera sino de los Estados de la Unión.[42] A fin de satisfacer a estas preocupaciones, la Conferencia Especializada decidió incluir el actual artículo 28, redactado sobre la base de una propuesta del Gobierno de Estados Unidos.

La delegación del Gobierno de Estados Unidos entendió que la redacción del artículo 28 era fundamentalmente diferente al artículo 50 del PIDCP ya citado. *La principal distinción radicaría en que el Pacto, a diferencia de la Convención, obliga al gobierno federal a ejercer poderes sobre materias que pueden estar reservadas a las unidades del estado. En cambio la Convención obligaría solamente a tomar las medidas necesarias para que las entidades de la federación cumplan con la Convención. Estas medidas podrían consistir por ejemplo en recomendaciones de acuerdo a la*

[38] CIDH, Informe Nº 52/01, Caso 12.243, Juan Raul Garza, Estados Unidos, 4 de abril de 2001, párr. 88 y Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-16/99 (1º de octubre de 1999) "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

[39] Buergenthal, Inter-American System for the Protection of Human Rights, en Human Rights and International Law, Theodor Meron ed., Clarendom Press, Oxford, pág. 445.

[40] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 24 (en adelante Conferencia Especializada). Ver asimismo, United States Department of State, U.S. Position Paper for the Inter-American Human Rights Conference, San José, Costa Rica, November 7-22, 1969, prepared by Walter J. Landry, sección 29.a.

[41] Conferencia Especializada, pág. 67.

[42] Conferencia Especializada, pág. 275.

delegación norteamericana. Pero en todo caso, siempre sería una decisión interna y no una obligación internacional.[43]

V. La cláusula federal como fuente de obligaciones

La Corte ha reconocido que el artículo 28 puede ser objeto de interpretación por parte del tribunal así como pasivo de ser inobservado por parte del Estado. En efecto, la Corte reafirmó ante un cuestionamiento estatal su facultad de "interpretar y aplicar todas las disposiciones de la Convención Americana, no sólo aquellas que reconocen derechos específicos, sino también las que establecen obligaciones de carácter general como las que se derivan de los artículos 1 y 2 del tratado, habitualmente interpretadas y aplicadas por el Tribunal, así como otras disposiciones, entre las que figuran las normas de interpretación previstas en el artículo 29 de dicho instrumento".[44]

Una vez sentada su facultad de interpretación y aplicación del artículo 28, la Corte se detuvo para sostener que:

> La Corte estima que el alegato sobre la eventual inobservancia de las obligaciones emanadas del artículo 28 de la Convención debe referirse a un hecho con entidad suficiente para ser considerado como un verdadero incumplimiento.[45]

Hasta el momento el tribunal no ha definido qué debe interpretarse como entidad suficiente para configurar una inobservancia del artículo 28. Sin embargo, es importante notar que la Corte para determinar la no inobservancia de las obligaciones emergentes del artículo 28 tuvo en cuenta que "el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir una obligación internacional".[46]

De todas maneras la Corte se ha referido a las "obligaciones emergentes del artículo 28 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1 y 2 del mismo tratado".[47] En otras palabras, *reconoció implícitamente al artículo 28 como fuente de obligaciones y no como mera limitación a las generales que surgen de los artículos 1 y 2 del tratado.*

1. La cláusula federal y los artículos 1 y 2 de la CADH

A fin de analizar las obligaciones de la Convención Americana es indispensable leer conjuntamente los artículos 1, 2 y 28. Una lectura armónica e integral de estas disposiciones, permite sostener que la Convención Americana establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados Partes (es decir, los Estados con estructura federal, unitaria o cualquier otra), los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1). *Adicionalmente coloca a los Estados Partes con organización federal con la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (art. 2 y 28.2). Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana –la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (artículo 2) se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el artículo 28.*

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho, "conduciría a relevar al gobierno central de sus obligaciones bajo la Convención y podría dejar a las personas privadas de protección internacional".[48] Jamás, siguiendo las reglas de interpretación

[43] Ver Buergenthal, Inter-American Human Rights System, *op. cit.*, ág. 37.
[44] Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 145.
[45] Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 220.
[46] Corte IDH. *Caso Garibalid*, párr. 138.
[47] Corte IDH. *Caso Escher,* parr. 221 y Caso Garibalid, párr. 139.
[48] CIDH, Informe Nº 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 41.

establecidas en el artículo 31 de la CVDT y en especial el artículo 29, inciso a de la Convención Americana, se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal. Como dice el artículo 29.a:

> Ninguna disposición de la presente Convención, puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes... suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

2. La cláusula federal a la luz del artículo 1.1 de la CADH

Del artículo 1 de la Convención se desprende que el Estado tiene dos obligaciones básicas: respetar y garantizar los derechos reconocidos *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*. En los términos del derecho internacional, es claro que en los Estados federales, las personas están sujetas a su jurisdicción independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos provinciales o federales. Por lo tanto este deber de respeto y garantía se extiende a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal. Los artículos 1 y 2 de la Convención no distinguen entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios.

El sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados a hacerlo.[49] La Convención no posibilita a los Estados a reconocer los derechos que consagra en función de su estructura federal, sino que los reconoce directamente y obliga a los Estados a respetarlos y garantizarlos conforme lo dispone el artículo 1. El hecho de que los Estados puedan fijar las condiciones del ejercicio de un derecho determinado, no impide su exigibilidad conforme al derecho internacional. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, incluida la estructura federal del Estado, el derecho no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.[50]

Como indicó la Comisión

> E[l] artículo [28], en conexión con el artículo 1(1) de la Convención, impone a los Estados, en conformidad con sus constituciones y leyes, la obligación de adoptar medidas para que los órganos, autoridades y estructuras de poder que los componen respeten y garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Convención.[51]

La Corte ha señalado que la obligación de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, receptada en su artículo 1.1, implica el deber de los Estados Partes de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[52] Es claro que todas las estructuras de poder público implican tanto aquellas a nivel nacional como las de nivel provincial o estadual. Por eso, la Comisión ha instado a un Gobierno federal que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, *para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los Estados federales* adopten medidas para cumplir con la Convención.[53]

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta disposición ha dicho la Corte:

---

[49] Ver Convención Americana, Preámbulo, y Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención.* Opinión Consultiva OC2-82, del 24 de septiembre de 1982, párr. 33.

[50] Ver *mutatis mutandi*, Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta.* Opinión consultiva OC- 7/86, de 29 de agosto de 1986, párr. 24.

[51] CIDH, Caso Oliveira, párr. 145.

[52] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de Julio de 1988, párr. 166.

[53] Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 1997, Capítulo 5. El resaltado nos pertenece.

> Contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce (…)[54]

Estos obstáculos pueden perfectamente encontrarse en la estructura federal del Estado y por ende, el Gobierno central, responsable internacional de acuerdo a los artículos 1, 2 y 28, deberá efectuar y adoptar todas las medidas necesarias para que los habitantes bajo su jurisdicción que se encuentren en los territorios de las unidades federativas puedan gozar de manera no discriminatoria de todos los derechos reconocidos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, requiere "la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación".[55] Por lo tanto, el Estado federal debe crear esta estructura legislativa que le permita por sí o a través de las unidades federativas cumplir con su obligación de garantizar los derechos. Además, este deber de garantía "comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".[56] De allí que en adición al marco normativo, el Estado federal debe realizar todas las conductas necesarias para que las normas convencionales produzcan un efecto útil, es decir que tengan existencia concreta en la realidad de las provincias.

De manera más puntual, el primer componente de este deber de garantía es el de la prevención.[57] La Corte ha entendido que este deber de prevención "abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales".[58] De modo, que el Estado federal en virtud del artículo 1.1 de la Convención tiene que adoptar medidas jurídica, políticas, administrativas y culturales que aseguren que la debida protección de los derechos humanos a nivel provincial. La Corte ha dicho que no es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas ya que las mismas varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Indudablemente, la estructura federal del Estado parte es una de las condiciones que obliga a adaptar las medidas generales de prevención en función precisamente de esta estructura y de la distribución de competencias entre la federación y sus unidades componentes.

Asimismo, el Estado está en el deber de investigar toda violación a los derechos humanos de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención.[59] Esta obligación, que en muchas circunstancias puede resultar de difícil cumplimiento especialmente cuando violaciones cometidas por agentes provinciales deben ser investigadas y juzgadas por los órganos de procuración y administración de justicia provinciales. La no infrecuente falta de voluntad o capacidad para llevar a cabo dichas investigaciones y juzgamientos ha concitado mucha atención en países con estructura federal.[60] Por lo pronto, en varios países precisamente

---

[54] Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos.* Opinión Consultiva OC 11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 34.

[55] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 167.

[56] *Ibid*.

[57] Ver Lisa Laplante, Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention, Netherlands quarterly of human rights; vol. 22, no. 3 (2004), pág. 347 y sigs.

[58] Corte IDH. *Caso Velasquez Rodríguez vs. Honduras*. sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 174.

[59] Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz.* Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 64

[60] En los Estados Unidos, el Gobierno federal ha adoptado legislación a nivel federal tanto en el área civil como la penal para buscar remedios judiciales por violaciones a los derechos constitucionales o civiles. Múltiples leyes federales han establecido garantías a nivel federal en materia de derechos civiles con lo cual es el gobierno federal el que adquiere competencia para realizar su implementación, incluída su investigación y juzgamiento por tribunales civiles. Ver por ejemplo, Civil Rights Acts, Voting Rights Act, Equal Credit Opportunity Act; Americans with Disabilities Act; National Voter Registration Act; Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act; Voting Accessibility for the Elderly

para dotar al Gobierno federal con mayores herramientas se ha dado una tendencia de federalizar la persecución de los delitos vinculados a la violación de derechos humanos.[61]

Del deber de garantía también se desprende la obligación de reparar el daño que haya sido causado por una eventual violación a alguno de los derechos reconocidos.[62] La jurisprudencia interamericana ha entendido que el Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al derecho internacional.[63] De modo, que el Estado federal estará obligado a reparar las violaciones independientemente de lo que disponga su derecho federal, en particular todo lo relativo a la indemnización. En varios casos ante el sistema interamericano, los Gobiernos estaduales han asumido el pago de las indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos.[64]

La Comisión ha seguido la tesis que las obligaciones que surgen del artículo 1 son las determinantes al momento de precisar el alcance de las obligaciones de un Estado federal. El artículo 28 de la Convención viene a complementar estas obligaciones genéricas. Así la Comisión IDH indicó que

> el artículo 1(1) de la Convención establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo… el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación.[65]

En un informe sobre la situación general de los derechos humanos en un país, señaló en relación a la existencia de grupos parapoliciales, que el gobierno federal tiene la obligación de emprender acciones urgentes para desmantelar dichos grupos y para investigar y sancionar a los responsables, para destacar luego

> la responsabilidad que le corresponde además a los distintos Estados del interior en estos casos de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la Convención Americana en relación con el 1(1) del citado instrumento internacional.[66]

---

and Handicapped Act; Civil Rights of Institutionalized Persons Act; Freedom of Access to Clinic Entrances Act; Police Misconduct Provision of the Violent Crime Control and Law Enforcement Act; Immigration Reform and Control Act; Immigration and Nationality Act. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido la constitucionalidad de la posibilidad de que la jurisdicción federal juzgue estos hechos. Ver por ejemplo, 383 U.S. 745, United States vs. Guest (1968). Debe tenerse en cuenta de todas maneras que en los Estados Unidos, ninguna de las disposiciones mencionadas precedentemente han sido adoptadas con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de los pocos tratados de derechos humanos ratificados por dicho país. Por el contrario, es bastante claro que la ratificación de las convenciones de derechos humanos, no tiene por objeto federalizar materias que pudiesen corresponder a los Estados de la Unión. Ver, las cláusulas interpretativas que Estados Unidos suele adjuntar a sus ratificaciones citada en nota 5.

[61] Ver articulo 109 introducido por Emenda Constitucional Nº 45/2004, Publicada no DOU de 31/12/2004 (traducción no oficial). Ver Flavia Piovesan, Reofrma do Judiciario e Direitos Humanos, mimeo, sin fecha, pág. 18 y sigs. La Comisión considero a dicha norma como un “importante” esfuerzo del gobierno brasileño por adoptar medidas legislativas para cumplir con lo establecido en la Convención. Caso Oliveira, párr. 149.

[62] Ver en general, Dinah Shelton, Remedies in International Human Rights, Oxford University Press (2000).

[63] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 53.

[64] Ver por ejemplo, Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza Nº 1.105, de 17 de julio de 1999, autorizando el pago de la indemnización en el caso Garrido-Baigorria ante la Corte, Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria.* Resolución de 27 de noviembre de 2002; Ver CIDH, Informe Nº 31/97, Caso Paulo Christian Guardatti y ver asimismo Decreto Nº 42.793 de 8 de Janeiro de 1998, del Estado de Sao Paulo, autorizando el pago para las víctimas del caso del 42º Distrito Policial (Parque Sao Lucas). Ver CIDH, Informe Nº 34/00, Caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000.

[65] CIDH, Informe Nº 34/00, Caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36.

[66] CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2003, párr. 561.

3. La cláusula federal a la luz del artículo 2 de la CADH

Por su parte, la obligación del artículo 2 requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal a fin de armonizarlas con las normas convencionales.[67]

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[68] Ambas vertientes exigen por ende acciones positivas por parte del Gobierno federal para asegurar la vigencia efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

La mención que realiza el artículo 2 a procedimientos constitucionales, implica una remisión a la Constitución solamente en cuanto al aspecto procedimental. *Los Estados pueden elegir la manera en que se realizará la adecuación del derecho y práctica de las unidades de la federación a las obligaciones de la Convención. Pero en modo alguno, significa que el Estado puede sustraerse de dichas obligaciones invocando su derecho constitucional.* Como ha dicho la Comisión:

> el artículo 2 señala "con arreglo a sus procedimientos constitucionales", con lo que deja en manos del estado de Río de Janeiro, o del Estado del Brasil, la elección de las vías por las cuales cumplirá su compromiso internacional. Lo relevante es únicamente "el resultado de la implementación, esto es, el respeto y la garantía de los derechos.[69]

El cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos protegidos depende no solamente de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes –que frecuentemente no son suficientes– sino que puede requerir además otras providencias por parte de los Estados Partes. Por ello, cuando uno analiza la conducta del Estado Federal no puede limitarse tan sólo a las disposiciones constitucionales o legales que *prima facie* establezcan la distribución de competencias entre las jurisdicciones y que incluso muchas veces limitan al gobierno central para actuar. Debe analizarse obviamente las conductas específicas asumidas, los pasos adoptados para dar pleno efecto a los derechos y garantías, las acciones tendientes a remover los obstáculos, a facilitar que las autoridades locales y federales cumplan con las obligaciones convencionales y a evitar que sean violados los derechos reconocidos. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*principio del efecto útil*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.[70]

De este modo el artículo 28 leído juntamente con el artículo 2 constituye una obligación adicional que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos convencionales. Como dijo la Comisión IDH:

> la obligación que surge del artículo 2 de la Convención Americana es reforzada y precisada, en virtud de [la] estructura federal, por el artículo 28 del mismo tratado[71]

---

[67] Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuest*a. Opinión consultiva OC- 7/86, de 29 de agosto de 1986, párr. 30.

[68] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otro*s, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

[69] CIDH, Caso Almeida de Wallace, párr. 161.

[70] Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo*, Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 87. Ver también caso del Tribunal Constitucional, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 36; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1.999, párr. 37 y sentencia sobre excepciones preliminares del Caso Hilaire, 1 de septiembre de 2001, párr. 83.

[71] Comisión IDH, Caso Wallace de Almeida, párr. 162.

La obligación que resulta de los artículos 2 y 28.2 en cuanto requieren que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención en las entidades componentes de la federación, complementa pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo primero de la Convención de tales respetar y garantizar los derechos.

La Comisión ha aceptado esta interpretación sosteniendo que “estas obligaciones contenidas en los dos primeros artículos de la Convención Americana son las que imponen al Gobierno... la exigencia de “tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la Federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”, en los términos del Artículo 28.2”.[72] La Comisión IDH clarificó asimismo que

> las “medidas pertinentes” de que trata el artículo 28 de la Convención Americana, en tanto especificación del artículo 2 de la misma, deben producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte.[73]

Con base en lo dispuesto en el artículo 28, la Comisión en un caso señaló que esperaba que el Estado federal adoptase de inmediato todas las medidas pertinentes a efecto de que las recomendaciones contenidas en un informe sobre un caso individual sean cumplidas por la autoridad competente.[74] Es decir, la Comisión IDH, conciente de la estructura federal del Estado en cuestión, no pretende que el Gobierno central por sí mismo cumpla las recomendaciones emitidas, para lo cual carecería de competencia.

VI. El artículo 28 y el deslinde interno de competencias

De modo que la interpretación la cláusula federal a la luz de la Convención Americana en su integralidad y de los principios sobre los que se asienta conduce inexorablemente a soslayar toda posibilidad de encontrar en la cláusula federal una eximente de responsabilidad internacional. El artículo 28 puede servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno, para crear un vacío de responsabilidad internacional.[75] De allí que sea errada la preocupación de algunos comentaristas en el sentido de que la cláusula federal puede implicar una posibilidad de retacear la aplicación de la Convención y/o hacerla más dificultosa dependiendo de la organización constitucional de los Estados partes[76] o que podría significar prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte de la Convención en las unidades de la Federación[77] o que restringe notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el marco de la Convención.[78]

El deslinde interno de responsabilidades, a los fines de la cláusula federal, no siempre resulta sencillo. La práctica y jurisprudencia constitucional de países federales está plagada de ejemplos de las complejidades relativas a la exacta distribución de competencias entre autoridades federales y locales.[79]

---

[72] Comisión IDH, Informe Nº 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 40.

[73] *Ibidem*, párr. 165.

[74] Informe Nº 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 3 de febrero de 1999, párr. 121.

[75] Mónica Pinto, Temas de Derechos Humanos, Editores del Puerto, pág. 74.

[76] Cecilia Medina, The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and The Inter-American System, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 100.

[77] Héctor Gross Espiell, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo. Editorial Jurídica de Chile, pág. 202 y 204.

[78] Héctor Faundez Ledesma, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales. 3º Edición (2004), pág. 60.

[79] Ver Buergenthal, *op.cit.*, pág. 447 y 448. Puede verse Colautti, donde analiza como muchas cláusulas de la Convención en Argentina son de competencia concurrente en las provincias y el Estado nacional, Carlos Colautti, El Pacto de San José de Costa Rica pág. 144 y 145. En los Estados Unidos por ejemplo, de acuerdo al principio conocido como “anti-commandeering” el Congreso federal y en general las autoridades federales no pueden ordenar a los poderes legislativos

Además puede exigir que la Comisión y la Corte analicen el derecho interno de los Estados para determinar si en el caso concreto, se trata de "materias sobre las [el Estado federal] que ejerce jurisdicción legislativa y judicial" (artículo 28.1) o "materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación" (artículo 28.2).[80] Ello debido a que el inciso 1 del artículo 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal y local, el deber del Gobierno federal de cumplir con el tratado dentro de las obligaciones que le son propias.[81] El acápite 2 del artículo 28 complementa al inciso anterior para adjudicar al Gobierno Federal una obligación de actuar según su Constitución y sus leyes para impeler a los Gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la Convención.[82] La Comisión Interamericana ha sostenido que el artículo 28.2 de la Convención:

> reconociendo y respetando cada sistema federal en particular, requiere que el gobierno central adopte las medidas que permitirán a las autoridades de las entidades componentes de la Federación lograr el cumplimiento de la Convención.[83]

En uno y otro caso, las obligaciones del gobierno federal pueden ser diferentes pero en modo alguno eliminan sus obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención, en relación con el artículo 28 de la misma. Para decidir con precisión los órganos del sistema deberían analizar si el Gobierno federal además de sus obligaciones de respeto y garantía estaba obligado por sí mismo a cumplir con "todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial" (artículo 28.1) o si por el contrario debía tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de las entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención (artículo 28.2). Pero lo determinante de todas maneras será precisar si el o los derechos en cuestión fueron respetados y garantizados tal como lo exige el artículo 1 de la Convención y si el Estado adoptó las disposiciones de derecho interno (sea éste federal o estadual) para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en la Convención. En este sentido, algunos han sostenido que la cláusula federal es insustancial porque el problema se resolvería no desde el derecho internacional sino desde el derecho constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias territoriales.[84]

VII. Las entidades de la federación frente a la CADH

Aún cuando las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y por lo tanto no son técnicamente parte de la Convención, al integrar la federación, no pueden desatenderse internamente del tratado celebrado por el Estado federal que las comprende.[85] Por ello, aun cuando el Gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes puedan dar efectividad al tratado, las entidades federales no por ello están eximidas de cumplir con la Convención.[86] Aún cuando el Estado federal está gravado con dicha obligación, ello no significa que las entidades federadas

estaduales o a las autoridades ejecutivas estaduales actuar de determinada manera o a cumplir con directivas federales. Ver Mark Tushnet , Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order, 47 Wayne L. Rev. 841, pág. 850. Puede consultarse también en perspectiva comparada a Esquivel Leáutaud, Jiménez O'Farril y Beatriz Dávila, Modelos comparados del federalismo: América Latina, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza, Centro Latinoamericano de la Globalidad, 2003 y José Ma. Serna de la Garza Constitutional Federalism In Latin America, 30 Cal. W. Int'l L.J. 277, 2000.

80 Aquí, la Comisión y la Corte se pueden enfrentar al difícil tema de determinar si aceptan la versión oficial del Estado acerca de la interpretación correcta de atribución de competencias entre la federación y sus entendidas o puede desechar dicha interpretación.

81 German Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. III, pág. 279.

82 *Ibid.*

83 *Ibidem,* Informe citado en nota 46, párr. 41.

84 Alberto Dalla Via, Estudios sobre Constitución y Economía, UNAM, 2003, pág. 89.

85 Bidart Campos, Tratado Elemental, pág. 279.

86 *Ibidem,* pág. 280.

queden desligadas de toda obligación de cumplir con la Convención.[87] Por eso, el artículo 28 debe entenderse como extendiendo las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la federación.[88]

En un caso de una ejecución extrajudicial la Comisión aplicó el deber de respeto a las autoridades estaduales junto con la omisión de las autoridades federales de adoptar las medidas pertinentes señalando que las autoridades del estado federado en cuestión no cumplieron con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida en este caso.[89]

Específicamente la Comisión indicó que

> los Estados de la federación, en tanto parte del Estado, se encuentran igualmente vinculados por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el Gobierno Federal.[90]

Para explicar en un caso subsiguiente que

> La vinculación de las entidades federativas en un Estado federal a los derechos humanos de fuente internacional, está apoyada desde el punto de vista jurídico-internacional en lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Artículos 27 y 29), y en las llamadas cláusulas federales. En esta teleología, la Convención Americana en su artículo 28 contempla la llamada cláusula federal, de la cual se deriva la obligación del Gobierno Federal de tomar las medidas pertinentes a fin de que las autoridades competentes de los Estados de la Federación…, puedan adoptar las disposiciones para el cumplimiento de dicho tratado internacional.[91]

De modo que en un Estado federal, las normas y prácticas, sean nacionales o provinciales, están sujetas al menos a un doble control. Por un lado al control federal, es decir que no trasciendan el límite constitucional de reparto de competencias entre la Federación y sus entidades componentes. Y por el otro a un control sustantivo para asegurar que son compatibles con las normas internacionales de derechos humanos.[92]

Además, al estar las provincias jurídicamente vinculadas a las normas internacionales de derechos humanos, crea en los estados federales un doble sistema de protección judicial de los derechos.[93] En efecto, al ser vinculante los tratados de derechos humanos tanto para el Estado nacional como para los provinciales, los tribunales federales como los locales tienen la posibilidad y la obligación de aplicar y garantizar judicialmente los derechos reconocidos en las normas internacionales.[94]

---

87 Bidart Campos, Tratado Elemental, pág. 280.

88 Colautti, El Pacto de San José de Costa Rica pág. 141.

89 Comisión IDH, Informe Nº 59/99* Caso 11.405 Newton Coutinho Mendes y Otros, Brasil 13 de abril de 1999, párr. 107.

90 Comisión IDH, caso Wallace de Almeida, parr. 164.

91 Informe Nº 35/08, Caso 12.019, Admisibilidad y Fondo, Antonio Ferreira Braga, Brasil, 18 de Julio de 2008, parr. 130.

92 Ver Robert J. Sharpe, The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective, en Philip Alston Editor, Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives, 1999, pág. 438-439 (donde explica las diferentes implicaciones en Canadá de un control sobre los actos de las provincias desde la perspectiva del federalismo y del Canadian Charter of Rights and Freedoms).

93 José Woehrling, Convergences et divergentes entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l´exemple des Etats-Unis et du Canada, (2000) 46 R.D.McGill 21, pág. 39 y siguientes.

94 Véase por ejemplo Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, Expediente Nº 1429/96 “c/ Illanes, Luis Roberto y otro p/ Estafa - Recurso de Queja - Inconstitucionalidad y Casación” del 22 de mayo de 1.998 (declarando inconstitucional el inciso 2 del artículo 438 del Código Procesal Penal (Ley Nº 6.140) en cuanto fija un límite objetivo para la procedencia del recurso de casación por ser contrario al artículo 8.2.h. de la Convención Americana); Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Número: Ciento Cincuenta y Siete, “Suárez Ricardo M. contra Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba sobre ejecución de sentencia, apelación recurso de inconstitucionalidad” de del 12 de octubre de 2004 (declarando la inaplicabilidad de la ley provincial 8836 y ordenado el pago de una indemnización en base entre otros considerandos del artículo 4 de la Convención Americana).

VIII. Conclusión

Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma federal, unitaria o aquella que estimen pertinente. Sin embargo, no pueden retardar injustificadamente la implementación de la Convención Americana o violarla de cualquier otra forma amparándose en su forma federal de gobierno. Los principios generales del derecho internacional relativos a la responsabilidad internacional de Estados Federales permiten sostener que éstos son responsables por las acciones y/u omisiones de sus subdivisiones políticas y no puede evitar dicha responsabilidad alegando que sus poderes constitucionales de control sobre ellas son insuficientes para exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Estos principios implican que los Estados federales partes de la Convención Americana son plenamente responsables a nivel internacional por las violaciones cometidas por acción o por omisión por agentes estatales de sus unidades componentes. Además el Estado federal está obligado a adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias.

El artículo 28 de la CADH refleja los principios generales del derecho internacional, aplicados específicamente a los Estados federales y en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. Como corolario de estos principios, un Estado puede violar un tratado internacional, incluida por supuesto la Convención, tanto por acción como por omisión. De modo que si el Estado federal no adopta la legislación o las medidas necesarias y exigibles de conformidad con los artículos 1, 2 y 28 de la Convención incurrirá en responsabilidad internacional.

Una lectura conjunta de los artículos 28, 1.1 y 2 de la Convención, implica que todo Estado Parte de la Convención con estructura federal en que no se encuentre garantizado el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de que las mismas se encuentren dentro del ámbito de competencias del Gobierno federal o de una de las unidades territoriales de la Federación, se encuentra en la obligación internacional de adoptar la legislación o las medidas que sean necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con este fin.

El artículo 28 tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados Federales. El artículo 28 no altera o disminuye el alcance de los artículos 1 y 2 de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales.

El federalismo no es un problema sino una posibilidad. Al crear un doble sistema de garantías constitucionales, los derechos teóricamente tienen mejores posibilidades de ser protegidos. El derecho internacional de los derechos humanos provee un tercer sistema de protección. Por lo tanto de lo que se trata es de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Y para ello se requiere de voluntad política y no de excusas jurídicas.

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática y representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Administrativo) vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas., Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Opiniones consultivas

Corte IDH. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos*)*. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.

Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4). Opinión Consultiva OC-3/83 Serie: fallos y opiniones N° 3.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos*)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).Opinión Consultiva OC-8/87.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio 1989.

Artículos y publicaciones académicos

AMAYA VILLARREA, Álvaro Francisco. *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado, Intyernational Law*. Revista colombiana de derecho internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2005.

BUERGENTHAL, Thomas y otros. *La protección de los derechos humanos en las Américas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. CIVITAS, Madrid, 1990.

CASTILLA, Karlos. *El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia*, en: *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 20, enero-junio 2009, IIJ, UNAM, México.

HENDERSON Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. Revista IIDH, Vol. 39, 2004.

NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Civitas, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, 1987.

Índice

I. Introducción

Interpretar las normas jurídicas implica desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación jurídica es el procedimiento mediante el cual se asigna significado a los textos normativos utilizando los métodos y técnicas aceptados por la comunidad jurídica. Una norma puede dar lugar a diversos significados de acuerdo a los métodos de interpretación, es por ello que, en el derecho de los tratados se han establecido distintas reglas de interpretación que buscan orientar a los operadores jurídicos en el proceso de interpretación y aplicación de los mismos. La Convención Americana sobre derechos humanos al ser un tratado internacional, esta sujeta a las normas de interpretación de la CVDT de 1969. Los elementos que constituyen la regla general de interpretación, la buena fe, el texto, el contexto y el objeto y fin del tratado son las que se utilizan con mayor frecuencia en la interpretación de los tratados en la actualidad.

1. Reglas de interpretación de los tratados

Las reglas generales de interpretación, aplicables a todos los tratados internacionales se encuentran contempladas en los artículos 31, 32 y 33 de la CVDT de 1969. Las reglas de interpretación de Viena vinculan elementos subjetivos y objetivos:

> 1. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos;
>
> a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
>
> b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
>
> 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta;
>
> a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
>
> b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
>
> c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

> 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.Como se puede observar, el artículo 31 se denomina “Regla general de interpretación”, por que la intención de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU era señalar que la aplicación de los medio de interpretación que figuran en el artículo constituyen una *sola operación combinada, sólo así es que se obtendrá una interpretación jurídica pertinente*.[1]

El texto, el contexto y el objeto y fin son elementos que corresponden a las metodologías textual, sistemática y teleológica de interpretación de los tratados, metodologías que están bien establecidas y todas las cuales se siguen normalmente al interpretar disposiciones complejas de tratados multilaterales. Por razones pragmáticas, el uso normal para la interpretación, consiste en partir del sentido corriente del texto “bruto” de las disposiciones pertinentes del tratado y en tratar después de interpretarlo en su contexto, y a la vista del objeto y fin del tratado. Sin embargo, *los elementos a los que se hace referencia en el artículo 31 –el texto, el contexto, el objeto y fin y la buena fe– han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de cómo una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico*.[2]

La interpretación teleológica puede constituir el vehículo adecuado para una interpretación dinámica y progresiva del tratado. Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humanos.[3]

Sin embargo, en algunas ocasiones, cuando las instancias internacionales se refieren a la regla de interpretación del artículo 31, solamente citan el primer párrafo de dicho artículo,[4] por lo que no queda claro si realmente aplican de manera adecuada la regla de interpretación.

Lo mismo podríamos decir del contexto, ya que cuando el artículo 31 (2) habla del contexto, en ningún momento establece que sólo comprenderá los medios que ahí se mencionan, sino que deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier otro referente que sirva para confirmar la interpretación de la regla general. Así lo señaló la CIJ en el *Caso de las Pesquerías (Alemania vs. Islandia)* donde sostuvo que la resolución unilateral del Gobierno de Islandia puede considerarse como parte del contexto debido a que el mismo tratado se refería a dicha resolución.[5]

Muy interesante es el supuesto planteado por el artículo 31 (3) (c):

> Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Creemos que esta disposición abre la “caja de pandora”: establece para el intérprete de la norma, la obligación de revisar cualquier norma internacional que sea aplicable para la interpretación del tratado, en el caso concreto: costumbre, otros tratados, *ius cogens*, principios generales, resoluciones, actos unilaterales, jurisprudencia, etc. Dicha disposición presupone que el intérprete conoce el universo normativo internacional.

---

1 Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, volumen II p. 241.

2 Estados Unidos –Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior, Informe del Grupo Especial, párr. 7.22.

3 *Cfr.* Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, en la Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” párr. 3, p. 1. ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, Advisory Opinion, ICJ, Reports, 1971, pp. 16-31 “un instrumento internacional debe de ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”.

4 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala.* Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 1999. Serie C No. 57, p.21; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, 38, 50-52; Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, p.37, 49-51; CEDH, Case of Golder vs. the United Kingdom, Judgment, 21 de febrero de 1975, p. 29-30; CEDH, Case of Deumeland vs. Germany, Judgment, 29 de Mayo de 1986, p. 12.

5 *Fisheries case, op. cit.*, p. 13.

En el Caso Estados Unidos-Camarones, el Órgano de Apelación de la OMC, al interpretar el párrafo (g) del artículo XX del GATT, tomó en cuenta el contexto histórico y la evolución del derecho internacional, e interpretó los términos "recursos naturales agotables" a la "luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano", por lo que, para interpretar dichos términos tomó en cuenta:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la cual es un reflejo del derecho consuetudinario;

- La Convención sobre la Diversidad Biológica;

- La Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres.[6]

Al utilizar dichas convenciones y hablar del contexto histórico del GATT, el Órgano de Apelación aplicó, tanto la regla del 31 (3) (c) como los medios complementarios del artículo 32:

> Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
>
> a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
>
> b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Por lo que se refiere a la última regla de interpretación de Viena, el juez que interpreta el tratado deberá de saber en que idioma o idiomas dicho tratado es auténtico, ya que el juez tal vez sólo disponga del texto del tratado en un idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado, y salvo que se encuentre en el supuesto del Artículo 33 (2), tendría que acudir a un texto auténtico:[7]

> Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.
>
> 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
>
> 2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
>
> 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
>
> 4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Además de las reglas de interpretación, al momento de aplicar un tratado se deberá de tomar en cuenta, el principio de Buena Fe y el de *Pacta Sunt Servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena); la regla de prevalencia del derecho internacional: "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (artículo 27 de la Convención de Viena); en éste caso se puede presenta la situación en la que el tratado sea contrario a una norma superior del orden interno, y por lo tanto, el juez determine la prevalencia de su norma constitucional

6 Estados Unidos – Camarones, Informe del Órgano de Apelación, p. 129.

7 Por regla general, los tratados poseen una disposición que se refiere a éste supuesto, como ejemplo, el Artículo 54 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece: "El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas".

comprometiendo con ello la responsabilidad internacional del Estado. Y también deberá de tomar en cuenta el principio irretroactividad de los tratados (artículo 28 de la Convención de Viena). Y las demás reglas de interpretación en materia de tratados, que existan en la práctica internacional y que no se encuentran codificadas en la Convención de Viena.[8]

2. La interpretación de los tratados de derechos humanos

Como ya lo hemos señalado, los tratados sobre derechos humanos, al ser tratados están sujetos a las reglas de interpretación de la CVDT de 1969. Sin embargo también es cierto que se les reconoce una naturaleza especial al buscar establecer un orden público internacional y un conjunto de derechos a favor de los individuos más que derechos y obligaciones recíprocas entre los Estados. *Los tratados de derechos humanos habrán de considerarse no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios.*[9]

Sin duda alguna *lo anterior forma parte del objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos y conlleva a la protección progresiva de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos*. Si el interés jurídico tutelado directamente es el ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garantice la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.[10]

Por otro lado, la interpretación de dichos tratados debe de ser evolutiva y tomarse en consideración las condiciones contemporáneas, tomando en cuenta la evolución en la protección de los derechos humanos así como la interpretación progresiva de los mismos.

3. La interpretación por instancias internacionales

Una de las características de los tratados de derechos humanos es que crean algún tipo de órgano u órganos de supervisión encargados de velar por el cumplimiento, por parte de los Estados, de los compromisos adquiridos a través de los tratados. En el caso americano dichos órganos son la Comisión IDH y la Corte IDH. Dichos órganos, en el uso de sus competencias establecidas por la Convención, aplican e interpretan la Convención contribuyendo a una definición progresiva de los derechos humanos.

La interpretación evolutiva de los tratados ha sido reconocida en diversas ocasiones por la Corte Interamericana, los tratados internacionales de derechos humanos son “instrumentos vivos” cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.[11]

II. Principio de garantía mínima

Los tratados de derechos humanos reconocen que los mismos establecen un *mínimun* de derechos humanos que no pueden ser violados por los Estados. Esta suerte de garantía mínima, no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos que merecen protección. Los tratados internacionales sobre

[8] El preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece:
“(…) Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

[9] Nikken, Pedro, la protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo, Civitas, Madrid, 1987, p. 90. Crf. ICJ, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinio, ICJ Reports 1951, p. 23.

[10] Nikken, Pedro, la protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo, Civitas, Madrid, 1987, p. 90. Crf. ICJ, Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinio, ICJ Reports 1951, pp. 100-101.

[11] Corte IDH. *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 155; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 114.

derechos humanos ofrecen una protección coadyuvante o complementaria de la ofrece el derecho interno de los Estados.[12]

Los tratados de derechos humanos constituyen un mínimo de protección. A partir de un mínimo definido por un tratado internacional, siempre será posible, que el derecho interno o bien otro tratado amplíen el alcance de aquel, es decir constituyan una norma más protectora pero está prohibido descender el nivel de protección. Bajo éste principio será lícito para un Estado derogar una norma interna que sea más protectora que la norma internacional siempre y cuando no se descienda del estándar definido por la norma internacional.

III. Principio pro persona

Este principio interpretativo implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno.

> (…) si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe de prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.[13]

El principio pro homine *o* pro *persona tiene dos manifestaciones o reglas principales: 1. preferencia interpretativa y, 2. preferencia de normas*. La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida.

Si uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto y que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos, la interpretación de dichos convenios siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario.

Por su parte, la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y, b) la de la conservación de la norma más favorable.[14]

1. Preferencia de la norma más protectora

El principio *pro persona*, en el sentido de preferir la norma más protectora, sin importar la ubicación jerárquica, que mejor proteja o menos restrinja el ejercicio de los derechos humanos, así en algunos casos la norma más protectora será la establecida en un tratado internacional; y en otros podrá ser una norma propia del orden jurídico interno que posea un estándar mayor de protección de la persona que la normativa internacional aplicable; o bien podrá ser determinado tratado internacional sobre otro tratado internacional, o bien una norma inferior sobre una jerárquicamente superior. Así parece que el principal operador de dicho principio es el juez quien tendrá que resolver en el caso concreto que se le presenta cual es la norma que prevalece sobre la otra, al ser, más protectora. *Así, la aplicación del principio* pro *persona, no implica una discusión sobre jerarquía normativa, ni una cuestión de abrogación o derogación de normas, sino al estilo del artículo 27 de la* CVDT se trata de un asunto de prevalencia.

12 Artículo 6.2 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 29 del Pacto de San José; Artículo 60 de la Convención Europea de derechos Humanos; artículo 5 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros.

13 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 13 de noviembre de 1985. párr 52.

14 Castilla, Karlos, "El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia", en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 20, enero-junio 2009, IIJ, UNAM, México p. 71.

La tradicional regla de jerarquía normativa cede ante el carácter más favorable de otra norma aún de jerarquía inferior. Esto no constituye un problema de legalidad ya que la norma superior, es decir el tratado, permite la aplicación de la norma inferior en tanto es más protectora.

Esta aplicación del principio puede verse entre otros tratados, en la Convención Americana, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos del Niño o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes.

2. Conservación de la norma más favorable

En esta aplicación del principio *pro* persona, una norma posterior no derogaría ni desaplicaría una norma anterior, aún de menor jerarquía, en tanto la anterior otorga protecciones mayores a la persona.

IV. Las normas de interpretación de la CADH

El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de naturaleza y efectos diversos (tratados, declaraciones, recomendaciones, resoluciones) y todos han contribuido al desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos.[15]

Es sus diversos incisos, el artículo 29 limita la interpretación de la Convención, en un sentido restrictivo ya que la supresión de los derechos y libertades consagrados en la misma, iría en contra de su objeto y fin como tratado de derechos humanos.[16]

En los tratados de derechos humanos, los Estados se someten, a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, hacia los individuos sujetos a su jurisdicción, creando una garantía objetiva que es oponible a los Estados partes. Así, los Estados no pueden limitar ni restringir los derechos consagrados en la Convención en otro sentido y supuestos distintos a los establecidos por la misma.

Los Estados miembros de la Convención Americana están vinculados por otros tratados de derechos humanos tanto regionales como universales, además de que su derecho interno consagra una serie de derechos y garantías, por lo que si en una misma situación son aplicables, la Convención Americana, otro u otros tratados y la ley interna del Estado, deberá de prevalecer la norma más favorable a la persona humana (principio *pro persona*)

En el Preámbulo de la Convención, se señala, los Estados signatarios reafirman "su propósito de consolidar, en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.[17]

Por su parte el artículo 29 d) prohíbe toda limitación que tenga por efecto limitar o excluir el efecto de la DADDH, la cual es parte del sistema normativo interamericano de protección de los derechos humanos.[18]

---

[15] Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16 de, 1 de octubre de 1999, párr. 115.

[16] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (competencia), párr. 41

[17] Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* del 13 de noviembre de 1985, párr 44.

[18] El carácter vinculante de la Declaración se desprende de dos situaciones, primera, ha quedado incorporada a la carta de la OEA, y segunda, constituye una práctica consuetudinaria en el seno de la OEA en los términos del artículo 38.1 b) del

> Para los Estados Partes de la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29. d), no obstante que el instrumento principal que rige a los Estados partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.
>
> La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos (…)[19]

También prohíbe excluir o limitar los efectos de otras declaraciones internacionales que por la práctica internacional vinculan a los Estados partes de la Convención.

Las declaraciones son actos por los cuales los Estado manifiestan su apoyo a principios generales que consideran de gran valor, pero no son adoptadas con la formalidad ni la fuerza vinculante de los tratados. Sin embargo una declaración puede recoger una norma consuetudinaria, cristalizar su formación o bien puede ser el punto de partida para la generación de una nueva norma consuetudinaria. Por lo que, las declaraciones con alguna de éstas características poseen fuerza vinculante independiente, aún en los casos en que un tratado internacional haya codificado con posterioridad el contenido de una determinada declaración.

Las reglas del derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y aplicabilidad autónomas respecto a las del derecho internacional convencional, incluso cuando las dos categorías de derecho tienen un contenido idéntico.[20]

La jurisprudencia de la Corte ha utilizado el artículo 29 de la Convención en tres ámbitos diferentes:

- Las normas de interpretación del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. En éste sentido a la luz de las reglas de interpretación del artículo 29, la Corte ha acudido a tratados internacionales distintos a la Convención para interpretar ciertas disposiciones de la misma.[21]

- El artículo 29 a) para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención, en tal sentido la Corte ha determinado que las responsabilidades ulteriores que podrían restringir el derecho a la libertad de expresión debían de ser no sólo "necesarias" como lo establecía el artículo 13, sino específicamente "necesarias en una sociedad democrática".[22]

- El artículo 29 b) lo ha utilizado para interpretar las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales, como la inclusión de la propiedad comunal de las comunidades indígenas dentro del derecho a la propiedad privada[23] y en las normas de derecho interno, como sería la exigencia de una protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas.[24]

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio 1989. párrs 46 y 47.

20 ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merit, Judgment of 27 june 1986, Report 1986, parr. 177.

21 Corte IDH. *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr.. 154 y 157.

22 Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*, párrs. 41 a 44.

23 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001, párrs. 147, 148 y 153.

24 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005, párrs. 203 a 205.

Por otro lado ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática de gobierno.

- La Corte ha utilizado dicho artículo para fijar criterios de interpretación, como el principio de “interpretación evolutiva” de los tratados de derechos humanos, el principio *pro persona* y la prohibición de privar a los derechos su contenido esencial como derivado del artículo 29.
- La Corte ha utilizado el artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva. En éste se sentido, la Corte ha determinado, que en el uso de su competencia consultiva puede ser necesario la interpretación de la Declaración Americana.[25]

[25] *Cfr.* Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Administrativo) vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrs. 217-220.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Junio de 2005.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87.

Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación p respuesta (art. 14.1,1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-7/87. Serie A No. 7, 29 de agosto de 1986.

Índice

I. Introducción

Los derechos humanos pueden ser limitados en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad. Los tratados de derechos humanos no sólo señalan cuales son los derechos de las personas sino también su posible restricción por parte de los Estados. Las restricciones se refieren a las limitaciones normales que puede imponer la autoridad pública a los derechos de los particulares, en razón del interés público o el bien común en tanto que no existen derechos absolutos.

Una primera restricción al ejercicio de los derechos serán los derechos de los demás, el derecho internacional permite restringir los derechos de las personas con la finalidad de armonizarlos con los derechos de los demás. La facultad de restringir los derechos humanos contemplados en los tratados, por parte del Estado, no es discrecional, sino que está limitada y exige el cumplimiento de determinadas condiciones.

> El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo

pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas sean legítimas.[1]

Las restricciones no pueden ser indiscriminadas solamente se permiten aquellas que responden a razones específicamente enumeradas en los tratados internacionales. Si bien se puede afirmar que no existen derechos humanos absolutos, los mismos deben de ejercerse con las restricciones establecidas en las leyes y permitidas por los tratados internacionales, deben de ser necesarias y proporcionales de acuerdo con lo establecido por los Estados democráticos.

II. Restricciones permitidas por la CADH

La Convención Americana contiene diversas disposiciones relativas a la aplicación de ciertas restricciones a los derechos contemplados en la misma:

1. Artículo 12.3 la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las *limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias* para proteger *la seguridad, el orden la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.*[2]

2. Artículo 13.2 El ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a censura previa[3] sino a responsabilidades ulteriores, las que deben de estar *expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.* Artículo 13.4 Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por *ley* a censura previa con el objeto exclusivo de regular el acceso a ellos para la *protección de la moral de la infancia y la adolescencia*.[4]

3. Artículo 16.2 libertad de asociación, la Convención autoriza restricciones a éste derecho siempre que las mismas estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicos o derechos y libertades de los demás, pudiendo llegar a la privación de éstos derechos a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. (art. 16.3).[5]

4. Artículo 21.1 La propiedad privada puede estar subordinada, *por ley*, su uso y goce al *interés social*.[6]

5. Artículo 22.3 El ejercicio del derecho de circulación y residencia, puede ser restringido por *una ley* en la medida indispensable en una *sociedad democrática, para impedir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.* También pueden ser *restringidos por ley*, en zonas determinadas, por *razones de interés público.*[7]

---

[1] Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, párr. 17.

[2] Sobre limitaciones de las libertades de conciencia y religión, véase también el comentario al artículo 12, de Marco Huaco Palomino, el cual forma parte de esta obra.

[3] Sobre la prohibición de censura previa, véase también el comentario al artículo 13, de Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, el cual forma parte de esta obra.

[4] *Cfr*. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

[5] *Cfr*. Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Sobre las limitaciones a la libertad de asociación, véanse también los comentarios a los artículos 15 y 16 de Javier Mujica, los cuales forman parte de esta obra.

[6] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Sobre privaciones y restricciones al derecho de propiedad, véase también el comentario al artículo 21, de Alejandra Gonza, el cual forma parte de esta obra.

[7] Sobre restricciones legítimas y de facto al derecho de circulación y residencia, véase también el comentario al artículo 22 de Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque en esta misma obra.

6. Artículo 23.2 Los derechos políticos pueden ser *reglamentados por leyes* exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.[8]

7. Artículo 32.2 Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias de bien común en una sociedad democrática.[9]

Para interpretar el alcance de las restricciones permitidas es necesario acudir a las reglas de interpretación de la Convención de Viena, principalmente al principio de buena fe y al objeto y fin del tratado. Recordemos que la Convención como tratado de derechos humanos busca la protección de los derechos humanos de los individuos tanto por parte de su Estado como de los demás Estados parte.

Las restricciones permitidas por el Pacto de San José son las que están establecidas de manera expresa en el tratado, no existen restricciones implícitas; lo que hace el artículo 30 es sujetar las mismas a ciertos requisitos generales para que sean lícitas a la luz de la Convención.

Todas las causales contempladas en la Convención son conceptos indeterminados, los cuales poco a poco serán delimitados por los órganos intérpretes de la Convención y los jueces y legisladores nacionales.

III. Restricciones establecidas en ley

El segundo límite de toda restricción de derechos es que la misma debe de estar establecida en una Ley. Como lo establece el artículo 30 de la Convención, las restricciones permitidas no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general. La Corte Interamericana ha interpretado el concepto “ley” en sentido formal:

> (…) no es posible interpretar la expresión *leyes*, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público (…) La Corte concluye que la expresión leyes, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo (…)[10]

Al establecerse las limitaciones a los derechos a través de una ley en sentido formal y someter dicha restricción al proceso legislativo, se permite a las minorías expresar su inconformidad o desacuerdo lo que logra evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. Los principios de legalidad y de reserva de ley constituyen un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

El requisito de que las restricciones se encuentren establecidas en ley, busca evitar la imposición de restricciones a través de decretos legislativos además que presuponen el requisito de generalidad.

---

[8] Con respecto a las limitaciones al derecho a ser elegido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que:
[e]l derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura. O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 25, supra nota 173, párr. 17.Sobre regulación de derechos políticos, véase también el comentario al artículo 23 de Jose Luis Caballero Ochoa y Miguel Rábago Dorbecker en esta misma obra.

[9] Sobre correlación entre derechos y deberes, véase también el comentario al artículo 32, de José Luis Caballero Ochoa y Miguel Rábago Dorbecker, el cual forma parte de esta obra.

[10] Corte IDH. L*a expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* . Opinión Consultiva OC-6/86,de 9 de mayo de 1986, parr. 26 y 27. La Corte establece que, e requisito de ley en sentido formal, no se contradice con la posibilidad de delegaciones legislativas en la materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la Constitución, párr. 36.

IV. Restricciones dictadas por razones de interés general

La restricción de los derechos consagrados en la Convención debe de ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ése objetivo interfiriendo en la menos medida posible en el efectivo ejercicio de (un) derecho.[11]

La Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general,[12] en el sentido de que las leyes deben de ser adoptadas en función del bien común, concepto que debe de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático.[13]

Las restricciones dictadas por razones de interés general, tienen que resultar necesarias en una sociedad democrática, tiene que existir una necesidad social imperiosa. Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática.[14]

Los conceptos de orden público o bien común, derivados de interés general, cuando se invoquen como razón para imponer una limitación, deben de ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los diversos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.[15]

La restricción debe encontrase prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.[16]

11 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 123.

12 Sobre el desarrollo del concepto de interés general, véanse también los comentarios al artículo 13, de Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, a los artículos 15 y 16, de Javier Mujica, y al artículo 21, de Alejandra Gonza, los cuales forman parte de esta obra.

13 *Cfr*. La Expresión "leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*, párr 29.

14 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 73.

15 Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, párrs. 66 y 67.

16 *Cfr*. Corte IDH. Caso Ricardo Canese, supra nota 5, párrs. 96 y 133; Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 121 y 123; y Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46. Asimismo *Cfr.* Eur. Court H.R., Case of Barthold vs. Germany, Judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, para. 58; Eur. Court H.R., Case of Sunday Times vs. United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, para. 59; ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 27, Libertad de circulación (art. 12) de 2 de noviembre de 1999, párrs. 14 y 15; y ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 25, Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 25) de 12 de julio de 1996, párrs. 11, 14, 15 y 16.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones consultivas

Corte IDH. *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio 1989.

Artículos y publicaciones académicas

AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice.* Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios. *Derecho de los Tatados*. Porrúa, México, 2010.

Índice

I. Introducción

El artículo en comento permite incluir otros derechos y libertades, no contemplados en la Convención Americana, al régimen interamericano de protección de los derechos humanos con la finalidad de lograr una protección progresiva de los derechos humanos.

Esto puede ser posible a través de dos mecanismos: primero, posibles enmiendas a la propia Convención Americana (art. 76) y segundo, a través de protocolos adicionales a la Convención (art. 77). Estos dos mecanismos, propios del derecho de los tratados permiten modificar o ampliar algunos aspectos de un tratado internacional. En el caso que nos ocupa ampliar la protección internacional de algunos derechos humanos, bien no contemplados en un inicio en la Convención Americana, o bien abordados en la misma de manera muy general, como sería el caso de los derechos económicos, sociales y culturales.

Analicemos a continuación cada uno de estos mecanismos.

1. Enmiendas

El proceso de enmiendas de los tratados esta contemplado en la CVDT en sus artículos 39 y 40. Conforme al principio de autonomía de las partes, los tratados multilaterales pueden modificarse por acuerdo entre las partes. La enmienda implica la revisión del tratado multilateral en relación con todos los Estados contratantes.

El acuerdo entre las partes es el principio que rige la modificación de los mismos, la cual recibe diversos nombres, modificación, reforma, enmienda o revisión de tratados. Respecto de la figura de la enmienda,

las normas de la Convención de Viena operan de manera subsidiaria, primero hay que aplicar la regla del tratado específico que se pretende someter al proceso de enmienda.

La Convención Americana establece en el artículo 76 la regla aplicable a la convención así como el proceso de la misma:

1) La propuesta de enmienda se presenta ante la Asamblea General de la OEA.
2) La propuesta de enmienda puede ser presentada por, un Estado parte directamente, o por la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana por conducto del Secretario General de la OEA.
3) Las enmiendas entrarán en vigor, respecto de los Estados ratificantes de las mismas, cuando se deposite, el instrumento de ratificación que corresponda a los dos tercios de los Estados partes de la Convención. En relación con los demás Estados, entrarán en vigor en el momento en que ratifiquen las enmiendas.

Se entiende que, al ser los Estados los obligados por la Convención sean éstos en principios los que tengan el derecho de proponer enmiendas, bajo el esquema clásico de la Convención de Viena. Sin embargo al crearse el Sistema interamericano de Derechos Humanos se reconoce el papel de legítimo intérprete de la Convención a la Comisión y a la Corte, además que dichos organismos desarrollan el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos es por ello que la Convención les reconoce el derecho de proponer enmiendas.

Hasta el día de hoy la Convención no ha sufrido ninguna enmienda. Tal vez la razón se encuentre en la misma fórmula que consagra la Convención sobre la entrada en vigor de las enmiendas en el artículo 73 3) en dado caso que se proponga una enmienda, dicha regla se repite en el artículo 76 2) por lo que para saber más del proceso de enmienda y los resultados del mismo acudir al comentario del artículo 76.

2. Protocolos adicionales

Otra forma de incluir la protección de otros derechos y libertades es través de la celebración de protocolos adicionales a la Convención. Los protocolos adicionales son tratados secundarios que se derivan de un tratado principal y buscan ampliar ciertos aspectos del tratado principal. Si bien, en ése sentido son tratados dependientes del tratado principal, son tratados independientes en cuanto su proceso de celebración, entrada en vigor y ratificación. Por lo tanto sólo vinculan a aquellos estados que se adhieran al mismo.

En los sistemas internacionales de derechos humanos los protocolos adicionales han sido muy socorridos[1] y han sido el instrumento más utilizado para ampliar los derechos consagrados en los tratados principales además dicho proceso parece ser mucho más amigable que las enmiendas. Con un protocolo adicional se abre la posibilidad de ampliar la protección de ciertos derechos contemplados en un tratado principal, sin embargo, éste primer tratado no se altera, pero el protocolo adicional podrá ser empleado para interpretar los derechos consagrados en el tratado principal.

Así en el caso de Protocolos adicionales a la Convención Americana, la Corte podrá, en el ejercicio de sus facultades derivadas del artículo 64 de la convención emitir una opinión consultiva sobre dichos tratados o bien emitir una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un estados y los protocolos adicionales.

[1] Tal es el caso de los protocolos adicionales de los siguientes instrumentos: PIDCP, el CEDH, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, y la CADH.

II. Protocolos adicionales de la CADH

La protección de los derechos humanos en las Américas ha sido ampliada a través de de dos protocolos adicionales a la Convención Americana:

- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
- Protocolo adicional a la Convención aAmericana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"

El Protocolo I relativo a la abolición de la pena de muerte fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1990 y entró en vigor el 28 de agosto de 1991. Como lo establece su preámbulo, con dicho protocolo se busca alcanzar un acuerdo internacional que signifique un desarrollo progresivo de la CADH la cual reconoce el derecho a la vida y restringe la aplicación de la pena de muerte.

El Protocolo de San Salvador, suscrito el 16 de noviembre de 1988 y en vigor a partir del 16 de noviembre de 1999. Dicho protocolo lo que busca es reconocer la interdependencia y universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Resulta de vital importancia que dichos derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático, representativo de gobierno. Dicho protocolo permite incluir progresivamente en el régimen de protección de la Convención Americana otros derechos y libertades.

CAPÍTULO V: DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 92 a 107.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 199.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 174.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Artículos y publicaciones académicos

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2008.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª. ed. San José, IIDH, 2004

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero,* México, Porrúa-UNAM, 2011.

GARCÍA ROCA, Javier. *Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia,* en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

MCBETH, Adam. *Privatizing Human Rights: What happens to the State's Human Rights Duties When Services Are Privatized?,* Melbourne Journal of International Law, No. 5, 2004.

PAUST, Jordan J. *The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law*. Harvard Human Rights Journal, No. 5, 1992.

SAUL, Ben. *In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities.* Columbia Human Rights Law Review, No. 32.

ZOHADI, Raha-Lucienne. *An Introduction to Human Rights Duties of Transnational Corporations*. International Studies Journal, No. 3, 2006.

Índice

I. Introducción

Dentro del Capítulo V referente a los Deberes de las Personas, el Artículo 32 de la CADH establece la existencia de una correlación entre deberes y derechos. Durante los trabajos preparatorios de la Convención, si bien la discusión se enfocó principalmente en la configuración de los derechos para las personas, las obligaciones estatales derivadas de ellos y la conformación institucional de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también se llegaron a abordar y eventualmente a aprobar, disposiciones tendientes a dotar de equilibrio al nuevo instrumento internacional, como lo es la existente correlación entre derechos y deberes.

Una primera aproximación al tema provino del Profesor Rene Cassin, invitado especial a la Conferencia Especializada que dio como origen a la Convención Americana. En su participación en la sesión inaugural de los trabajos mencionó que *“el universalismo es lo que constituye la base de todos los trabajos y acciones que tienden a proteger y a promover los derechos del ser humano como también sus deberes”*.[1]

La iniciativa para que una cláusula que contemplara la correlación entre derechos y deberes fuese incluida la presentó la delegación brasileña el 10 de noviembre de 1969 debido a que consideraban que

[1] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y documentos (7-22 de noviembre de 1969), Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., p. 432.

"*[e]l proyecto de convención ha[bía] omitido los importantes principios consagrados en el Artículo XXXVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en el Artículo XXIX de la Declaración Universal, los cuales hacen falta en la futura [C]onvención para afirmar la regla jurídica de que no hay derechos sin deberes".*[2] La iniciativa brasileña fue eventualmente aprobada con un mínimo cambio.[3]

En el Informe del Relator de la Comisión IDH –organismo técnico asesor de la Conferencia– del día 19 de noviembre de 1969 se mencionó que "*se […] qu[iso] consagrar el principio de que el ejercicio y goce de los derechos conlleva deberes en la sociedad humana. [Dicha disposición] se aprobó a propuesta del Delegado del Brasil. El concepto expresado en el segundo párr. de este artículo aparece en el Artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*".[4]

Al igual que en los trabajos preparatorios de la CADH; en los documentos preparatorios del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas la correlación entre deberes y derechos, y las limitaciones de los derechos en una sociedad democrática fueron discutidas. Al respecto, las delegaciones de Colombia, Perú y México mencionaron la pertinencia de este tipo de cláusula. En los trabajos preparatorios también se sumaron a la discusión sobre este tema Chile y Canadá. Por su parte, las Organizaciones Indígenas coincidieron en que dicha correlación debe ser incluida no solo en la relación de los Estados con las poblaciones indígenas, sino de éstas con las otras poblaciones y al interior de las mismas poblaciones indígenas, dentro del marco de los valores culturales de cada pueblo; de igual forma, afirmaron que debía rechazarse "*todo concepto paternalista y etnocida que sostenga lo contrario respecto al crecimiento libre de las poblaciones indígenas*".[5]

Como es posible apreciar, los trabajos preparatorios de la CADH, así como otros ejercicios posteriores no dan mucha luz del rol de este precepto en relación con los otros derechos concretos consagrados en la Convención, al tiempo de que ha sido la Corte IDH quien ha interpretado y aplicado lo dispuesto por este artículo en varias oportunidades tanto en el marco de sus competencias en materia consultiva y contenciosa.

En el presente estudio en una *primera sección*, se explicará cómo los individuos poseen deberes conforme al derecho internacional de los derechos humanos y *como dichos deberes se encuentran íntimamente correlacionados con los derechos humanos de todas y todos*. Posteriormente, en una *segunda sección,* se abordará cuales son los límites que impone la Convención Americana al ejercicio de los derechos y como a partir de estos elementos propuestos en el Artículo 32 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha interpretado en distintas ocasiones los alcances de las restricciones impuestas a los derechos por los Estados parte.

2 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y documentos (7-22 de noviembre de 1969), Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., p. 125 y 126.

3 *Ibidem*, p. 278.

4 *Ibidem*, p. 306.

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Preparatorios del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Documento 5. Informe sobre la primera ronda de consultas sobre el futuro instrumento legal interamericano sobre derecho de las poblaciones indígenas (1992-1993), http://www.cidh.org/indigenas/Cap.2d.htm#_ftn1

II. La correlación entre derechos y deberes en la CADH

El Artículo 32.1 de la CADH dispone que "*[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad*". En este apartado, se analizará la existente correlación entre derechos y deberes en el derecho internacional de los derechos humanos, así como el estatus de estas disposiciones a partir de la naturaleza del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1. La correlación entre derechos y deberes en el DIDH y su problemática

Para algunos autores, en la actualidad, debe estar fuera de toda duda que los individuos tienen deberes emanados de los tratados y del derecho internacional, y que dichos deberes pueden estar relacionados con los derechos humanos.[6] Así, los derechos humanos pueden implicar deberes para las personas y grupos, o sólo a los Estados.[7]

De ahí es que la cuestión a analizar no es si los tratados pueden vincular a los individuos, sino si estos deberes pueden resultar del lenguaje de un tratado particular aun cuando no haya una mención expresa a los mismos.[8] Los tratados de derechos humanos demuestran que existen deberes que explícitamente afirman, o al menos, quieren expresar implícitamente, que los individuos pueden tener deberes y que pueden ser oponibles ante ciertas acciones de particulares.[9]

La existencia de estos deberes es evidente en la DUDH tanto en su preámbulo como en sus artículos 28 y 29. Respecto a este último artículo, se afirma que "*[t]oda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad*". Asimismo, señala de forma similar que "*[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática"*.

La Declaración Americana, instrumento predecesor de la Convención Americana, pone especial énfasis en la correlación entre deberes y derechos, señalando desde su Preámbulo que "*[e]l cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad"*. Igualmente, establece en el articulado de su capítulo segundo un amplio catálogo de deberes del individuo ante la sociedad, los hijos y los padres, de sufragio, de obediencia a la ley, de servicio a la comunidad, de pagar impuestos, de trabajo, entre otros.

Al igual que estos instrumentos, el PIDCP contiene deberes a cargo de los individuos. En su preámbulo menciona que los individuos "*por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto […]*".

Asimismo, el artículo 5.1 del Pacto dispone que "[n]inguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".

El CEDH dispone en su artículo 17 (Prohibición de Abuso de Derecho) que "*[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a*

---

6 Paust, Jordan J., The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law. Harvard Human Rights Journal, No. 5, 1992, p. 51.

7 *Ibid.*

8 *Paust, Jordan J., op. cit.,* p. 51 y 52.

9 *Ibidem*, p. 52.

la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.[10]

La CADHyP, reconoce ciertos deberes que deben cumplir las personas. En su artículo 27 señala que “*[t]odo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional*”. Además, señala que “*[l]os derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común*”. El artículo 28 del mismo instrumento señala que “*[t]odo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos”*. El artículo 29 de la Carta Africana estipula que una serie de deberes a cargo del individuo entre los que se encuentran: “*[p]reservar el desarrollo armonioso de la familia*”, “*[s]ervir a su comunidad nacional poniendo sus aptitudes físicas e intelectuales a su servicio*”, “*[n]o comprometer la seguridad del Estado del cual sea nacional o residente*”, “*[t]rabajar al máximo de su rendimiento y pagar los impuestos estipulados por la ley en el interés de la sociedad*”, “*[p]reservar y reforzar los valores culturales africanos*”, entre otros.

De igual manera, otros tratados internacionales en materia de derechos humanos tanto del Sistema Universal de Naciones Unidas, así como de los distintos sistemas regionales establecen diversos tipos de deberes a cargo de las personas.

De la misma forma, los múltiples estatutos que crean y dan lugar a tribunales internacionales para perseguir crímenes de lesa humanidad, como los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y el mismo Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional *reafirma la idea de que los deberes individuales existen con respecto a los derechos humanos en el ámbito internacional.*[11]

Si bien los individuos no son partes firmantes de los instrumentos internacionales mencionados en los párrafos anteriores, de estos emanan tanto derechos como obligaciones generales que los relacionan a los individuos con los tratados y entre sí.[12] Los deberes implícitos de los particulares también se ven reflejados en los mandatos encaminados a la tipificación de cierto tipo de conductas como delictivas. Tal como lo ordena por ejemplo, la CIPST o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como se ha comentado previamente en el marco del comentario al artículo 2 de la Convención Americana que se encuentra en esta obra.

En los últimos años también se ha analizado dentro del derecho internacional de los derechos humanos el surgimiento de deberes emergentes, como los derivados de las actividades de las grandes corporaciones transnacionales, o de la protección de los derechos ambientales, que pueden afectar a terceros. Asimismo, respecto a violaciones del pasado, se ha llegado a reconocer un tipo de responsabilidad colectiva, como ha ocurrido con las víctimas del Holocausto o de la Segunda Guerra Mundial, así como las víctimas de esclavitud o colonización y respecto a pueblos y comunidades indígenas.[13]

En 1997, se intentó por parte de un grupo de notables redactar el proyecto de una “*Declaración Universal de Responsabilidades de las Personas*”, la cual serviría de complemento a la D en su cincuenta aniversario. Sin embargo, dicho instrumento lejos de ofrecer claridad en la discusión se erigió como un

---

[10] Sobre la aplicación de este precepto por la Corte Europea de Derechos Humanos véase, García Roca, Javier. Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, p. 27 y 28.

[11] Paust, Jordan J, The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law. Harvard Human Rights Journal, No. 5, 1992, p. 56 a 59.

[12] Eissen, Marc-André. “The European Convention on Human Rights and the duties of the Individual” Nordisk Tidsskrift Ret, No. 32, 1962, p. 233.

[13] Saul, Ben, “In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities”, Columbia Human Rights Law Review, No. 32, p. 596 a 600.

manifiesto ético, más que un instrumento jurídico,[14] con poco apoyo y atención internacional,[15] y más aun, dicho documento fue duramente criticado por organizaciones de derechos humanos.[16]

La resistencia por parte de organizaciones de derechos humanos a este tipo de ejercicios y en sí a expandir el régimen de obligaciones y deberes más allá de lo ya establecido en los tratados internacionales no es gratuita, en especial si consideramos que los derechos humanos han surgido progresivamente como respuesta a los más atroces abusos de la noción de "obligación" y "deber".[17] Al respecto, habría que recordar que dentro de la tradición occidental, en el Medievo, los individuos eran poseedores sólo de obligaciones y deberes hacia el señor feudal, hacia el monarca y la iglesia. Los derechos humanos, así, empezaron a emerger incipientemente como prerrogativas en contra de estos poderes absolutos. A su vez, el actual movimiento internacional de los derechos humanos emerge a mediados del Siglo XX como respuesta al sentido del "deber" inspirado en el nacionalismo más exacerbado, y en última instancia el imperialismo, que alcanzaron su apoteosis durante el régimen Nazi.[18]

A pesar de este panorama, no podemos soslayar que, tal como lo indica la Convención Americana, existe una correlación entre derechos y deberes, el punto es, desde el derecho internacional, encontrar la forma en que estos deberes se articulen en relación con los derechos en sociedades democráticas en donde se respeten los derechos humanos.

2. El estatus de las disposiciones del artículo 32 de la CADH

En los casos en que agentes estatales e incluso particulares violan derechos humanos el Estado tiene la obligación de investigar, sancionar y prevenir dichas conductas, incluso velando con especial atención por las personas que se encuentren de forma individual o colectiva en situación de riesgo. Este marco normativo internacional hace que en los individuos recaiga la obligación de respetar los derechos. Adicionalmente, el Estado a su vez, además de la obligación de respeto, tiene la obligación de emitir las normas necesarias y los procedimientos adecuados para llevar a cabo su obligación de garante, conforme a los estándares de los Artículos 1° y 2° de la Convención Americana.

La "*horizontalidad*" de los derechos ha permitido que la Corte IDH haya en varios casos encontrado responsabilidad internacional estatal por violación de derechos humanos por no prevenir, investigar y efectivamente sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos aun si estos son particulares o, en su defecto, si no se ha podido establecer si eran agentes estatales o no.[19]

Dada la naturaleza jurídica de la CADH y el hecho de que su objeto sea establecer un sistema de derechos y de garantías para hacerlos valer y que el principal ente obligado en el respeto y garantía de los derechos sean los Estados parte, nos lleva concluir que lo estipulado por el Artículo 32 de la Convención es una disposición de naturaleza distinta a la de los derechos consagrados en el mismo instrumento internacional.

---

14 *Ibidem*, p. 575.

15 Saul, Ben, "In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities", Columbia Human Rights Law Review, No. 32, p. 578.

16 Véase: Amnesty International. "Muddying the waters. The Draft 'Universal Declaration of Human Responsibilities': No complement to human rights", 31 de marzo de 1998, http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/002/1998/en

17 Saul, Ben, "In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsabilities", Columbia Human Rights Law Review, No. 32, p. 608-609.

18 *Ibidem,* p. 613.

19 Sin duda, el Caso Campo Algodonero en donde no fue posible determinar quien o quienes habían sido los autores de los asesinatos, ni fue posible determinar si los mismos contaron con apoyo estatal refleja fielmente esta situación. Véase, Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Véase también sobre este caso: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero,* México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 9 y ss.

Si observamos la CADH, en los Artículos 1 al 26 encontraremos normas que consagran derechos, mientras que el alcance y contenido de las restricciones a los mismos, deseables y necesarios para la convivencia colectiva, deben observar lo dispuesto en los Artículos 30 y 32 de la misma Convención.

Así, por ejemplo, el Artículo 30 (Alcance de las Restricciones) dispone textualmente que "*[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*".

Por otra parte, el reconocimiento de esta realidad en torno a la correlación entre derechos y deberes ha llevado a la Corte IDH en su jurisprudencia constante, al considerar a los elementos del artículo 32 como estándares para evaluar si las restricciones son acordes conforme a la Convención Americana y decidir si existe o no responsabilidad internacional cuando los Estados delimitan el ejercicio de un derecho.

Así, toda limitación a los derechos, cuando no sea explicitada en la Convención, tendrá que supeditarse a lo dispuesto por los Artículos 30 y 32, de lo contrario, la Corte Interamericana puede llegar a determinar que la restricción no es legítima, siendo, en consecuencia, violatoria de este tratado internacional. El limitar o restringir los derechos de forma adecuada, en última instancia, es una cara más de la obligación de garantía, consagrada en los Artículos 1° y 2° de la Convención Americana.

Igualmente, cabe decir que lo dispuesto por el Artículo 32 de la Convención Americana en varias disposiciones se ve de alguna manera complementado con las restricciones al ejercicio de los derechos que prevén disposiciones especificas de la Convención Americana. Así por ejemplo, los artículos de la Convención Americana estipulan modalidades mediante las cuales el ejercicio de los derechos puede ser restringido o regulado por el Estado. Uno de los casos más ejemplificativos tal vez sea el artículo 13 de la Convención Americana relativo a la Libertad de Pensamiento y Expresión.[20]

En todo caso, los mandatos que contemplan la cláusula del artículo 32 no pueden implicar la anulación y ni siquiera la disminución de los derechos consagrados en los demás artículos de la Convención, sino una forma de determinar si cierta o cual medida restrictiva aplicada por un Estado es válida o no bajo los estándares de la jurisprudencia internacional, es decir, si limita el derecho imponiendo un deber legítimo.

Igualmente, habría que destacar que, como lo señalan algunos autores, ninguna interpretación del artículo 32 de la Convención Americana puede sugerir que el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención depende del ejercicio de los deberes de cada persona.[21]

---

[20] De esta forma, por ejemplo, el Artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana señala: [...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

[...] 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

[21] Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Aspectos institucionales y procesales. 3ª. ed. San José, IIDH, 2004, p. 88.

III. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

El artículo 32.2 de la CADH dispone que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Así, los límites que pareciesen existir a los derechos, son: los derechos de los demás, la seguridad de todos, las justas exigencias del bien común y por último, las justas exigencias de una sociedad democrática.

Las restricciones establecidas a los derechos, deben ser delineadas por los Estados en su normativa interna. Estas limitaciones o restricciones eventualmente pueden llegar a ser evaluadas por el Sistema Interamericano en un test de proporcionalidad en donde se analiza si las restricciones a los derechos, gobernadas, como se explicó, por los Artículos 30 y 32 Convencionales son legítimas. Esta es la aplicación que tiene el Artículo 32 en la jurisprudencia de la Corte IDH y que será analizada a continuación.

1. "Los derechos de los demás" y la "seguridad de todos", como limitantes a los derechos

La aplicación del artículo 32 de la CADH, como se mencionó, se ha realizado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de la mano del Artículo 30 (Alcance de las Restricciones) del mismo instrumento internacional.

Adicionalmente al requisito fundamental de que las restricciones sean aplicadas conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito que han sido establecidas, la Corte IDH, ha mencionado que las restricciones señaladas por la ley deben responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".[22] Estos son, según la Corte, fines legítimos.

En cuanto a la disposición que señala que las restricciones deben asegurar "*el respeto a los derechos o a la reputación de los demás*", se puede decir que debido a la naturaleza de las controversias que pueden llegarse a conocer dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la posibilidad de llegar a disputas entre los derechos de particulares de forma directa no es posible, ya que como se ha mencionado, los derechos de la Convención Americana son oponibles procesalmente a los Estados parte de la Convención. No obstante lo anterior, *la Corte ha llegado a conocer en su más reciente jurisprudencia casos que versan sobre conflictos de derechos entre particulares. En esas oportunidades, el actuar del Estado respecto a los mismos han sido los antecedentes directos de la disputa ante esta instancia internacional*. En este punto es importante señalar los *casos Kimel*,[23] relativo a libertad de expresión; *Atala Riffo y niñas*, relativo a un litigio de custodia de menores entre dos padres;[24] el *Caso Albán Cornejo*, relativo a mala praxis médica cometida en un hospital privado en Ecuador[25] o el *Caso Fornerón e hija* relativo a un proceso de adopción.[26]

---

[22] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 90.

[23] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

[24] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

[25] Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

[26] Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Mientras que respecto al requisito señalado por el artículo 32 de la Convención en el sentido de que las restricciones se funden en *"la seguridad de todos", e*s pertinente mencionar que en incontables casos, la Corte IDH ha conocido de violación a derechos humanos en el contexto de operativos de seguridad pública y actos perpetrados siguiendo una política determinada de seguridad nacional. En la mayoría de los casos que la Corte IDH ha encontrado no sólo que se limitaron de forma injustificada derechos inderogables, sino que incluso se llegaron a perpetrar graves violaciones a los derechos humanos de las víctimas. En este sentido, la Corte Interamericana ha podido documentar graves violaciones a los derechos humanos cometidos en torno a conflictos armados internos en la región, en países como Brasil,[27] Bolivia,[28] Chile,[29] Guatemala,[30] México,[31] Paraguay,[32] Perú,[33] Venezuela,[34] entre otros. En todos estos casos, se ha establecido que la necesidad de salvaguardar la seguridad no puede llevar al Estado a violar derechos humanos. Así, la Corte IDH ha señalado que "*si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.*[35]

De estas consideraciones, se puede concluir que dentro del esquema jurisprudencial del Tribunal Interamericano, la protección de "*la seguridad de todos*" no puede en ningún caso llevar a que se cometan violaciones a los derechos humanos, como lo son casos de desaparición forzada de personas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, faltas al debido proceso, la negación al acceso a la justicia, entre muchas otras. De esta forma debe aclararse que la *autorización del artículo 32 de la Convención no permite la violación de derechos sino su debida limitación persiguiendo un fin legítimo.*

2. La consideración de las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

En la opinión consultiva referente a la Colegiación Obligatoria de Periodistas, la Corte Interamericana consideró que "el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado". La Corte, así consideró que "[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas".[36]

La Corte entiende el concepto de "bien común", dentro del contexto de la Convención, como un estándar "referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar

27 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

28 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 199.

29 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

30 Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

31 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

32 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

33 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

34 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58.

35 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 174.

36 Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 65.

el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos". Así, la Corte consideró que puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.[37]

Sin embargo, la Corte no ignoró la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos.[38]

La Corte señaló que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real, según lo establecido en el artículo 29.a) de la Convención. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, para la Corte deben ser objeto de una *interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.*[39]

A partir de esas consideraciones, la Corte llegó a la conclusión que la colegiación obligatoria de periodistas constituía una restricción a la libertad de expresión que lejos de velar por el bien común, violaba el carácter radical y primario del derecho a la libertad de expresión como inherente a cada ser humano individualmente considerado, violando el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.[40]

Posteriormente a esta opinión consultiva, la Corte IDH ha desarrollado el concepto de "bien común" utilizándolo como elemento de la definición de lo que es "ley". Así, la Corte define que una ley es una "*norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes*".[41] Para la Corte, el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común", concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático.[42] De ahí que el concepto esbozado en el Artículo 32 de la Convención haya sido ampliamente utilizado por la Corte como parámetro de interpretación y piedra de toque de desarrollo de los ejes rectores de su jurisprudencia.

Igualmente, respecto a la correlación de derechos y deberes en una sociedad democrática, la Corte ha establecido que "[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada", en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.[43] Igualmente, la Corte ha establecido que "[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte", y constituye "un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano".[44]

---

[37] *Ibidem*, párr. 66.
[38] *Ibidem*, párr. 67.
[39] *Ibidem*, párr. 67.
[40] *Ibidem*, párr. 77.
[41] Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.
[42] *Ibidem,* párr. 26 a 29.
[43] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.
[44] *Ibidem*, párr. 192.

La Corte ha reiterado que las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, *debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido*. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser *conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo,* interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.[45]

3. El artículo 32 de la CADH como el origen del test de proporcionalidad en el sistema interamericano

Con el fin de evaluar una restricción a los derechos, la Corte IDH, con diversos matices y formulaciones dependiendo de la materia a tratar, ha desarrollado un *test*, fundamentado en la interpretación de los Artículos 30 y 32 de la Convención Americana. A grandes rasgos la Corte Interamericana ha considerado que las restricciones para ser legítimas:

- Deben estar *previstas por la ley*, a partir de lo dispuesto en el Artículo 30 de la Convención.

- Deben *responder a un objetivo legítimo permitido por la Convención Americana* de acuerdo con el Artículo 32 de la Convención Americana, para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” u otros fines perseguidos por disposiciones especificas de la Convención respecto a cada derecho (como pueden ser las restricciones se contemplan en materia de libertad de expresión o libertad personal).

- Finalmente, las restricciones deben ser *necesarias y proporcionales* en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

Cabe decir, que la Corte por lo regular divide en varios pasos los elementos anteriormente señalados[46] y en ocasiones los desarrolla con mayor amplitud en ciertos casos.[47]

En principio, se podría pensar que el artículo 30 de la Convención Americana, al establecer como requisito para las restricciones que las mismas se encuentren establecidas por la ley, otorga un mero requisito formal. Sin embargo, este requisito en principio meramente formal, se ve complementado con la definición de ley realizada por la Corte en donde se considera al “bien común” como un elemento sustancial integrador. A su vez, dentro del test de proporcionalidad de la Corte IDH, los demás elementos o principios en juego emanan directamente del Artículo 32 relativo a la correlación de deberes y derechos. El origen del test de proporcionalidad a partir de lo dispuesto por el Artículo 32 de la Convención raramente es mencionado por la Corte en su jurisprudencia más reciente.

La Corte Interamericana ha aplicado este estándar en diversos casos para, por un lado, desestimar restricciones a los derechos humanos que no cumplen con los estándares convencionales[48] o bien,

---

[45] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85.

[46] Por ejemplo, en el Caso Kimel, la Corte IDH consideró analizar: i) Si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectaron la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) Si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) La necesidad de tal medida, y iv) La estricta proporcionalidad de la misma. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 58.

[47] En el Caso Castañeda, la Corte Consideró examinar: I. La Legalidad de la medida; II. La finalidad de la medida; III. La Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva. La cual a su divide en: i) La existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo ii) La exclusividad en la nominación y el medio idóneo menos restrictivo para regular el derecho a ser votado y iii) Proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo. Véase: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184 párr. 174 y a 205.

[48] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

para reafirmar restricciones que efectivamente si los respetan.[49] Igualmente, habría que precisar que dependiendo de los derechos involucrados en el caso concreto, el test utilizado por la Corte puede tener diversos matices que son justificables.[50]

Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

[49] Véase Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 175 a 205.

[50] Véanse los matices entre los test de proporcionalidad de los siguientes casos decididos por la Corte Interamericana en los años 2007 y 2008: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93 (respecto a restricciones a la libertad personal); Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 58 y sig. (respecto a restricciones a la libertad de expresión), y finalmente, Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184 párr. 174 y a 205 (respecto a restricciones al ejercicio de derechos políticos).

PARTE II - MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPÍTULO VI – DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y

b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPÍTULO VII - LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. - Organización

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros que deberán ser personas de alta moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Normas y jurisprudencia más relevante

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Artículos y publicaciones académicos

Center for Justice and International Law (CEJIL). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura Nº 1. San José, Costa Rica: CEJIL, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2005.

Center for Justice and International Law (CEJIL). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Documento de coyuntura Nº 5. Buenos Aires, Argentina: CEJIL, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2008.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en: AYALA CORAO, Carlos/ MARTIN, Claudia/ RODRÍGUEZ-PINZÓN (editores). *Manual sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Teoría y Práctica*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela (2011).

Índice

I. Composición y estructura de la Comisión IDH

La Comisión IDH es un órgano principal y autónomo de la OEA que tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Así la definen el artículo 106 de la Carta de la OEA y los primeros artículos del Estatuto y el Reglamento de la misma Comisión.[1]

La Comisión Interamericana fue creada en 1959 durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago, Chile. Es decir, que su existencia es previa a la CADH, la cual la incorpora en su texto como uno de los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos, junto con la Corte IDH. La entrada en vigor de la Convención condujo a que la Comisión adaptara su Estatuto y Reglamento en función de su rol convencional.

La Comisión IDH está compuesta por siete comisionado/as que actúan a título personal y representan a todos los Estados miembros de la OEA. A diferencia de la Corte Interamericana, en este caso no es imprescindible que los/las comisionados/as sean juristas (artículo 52 de la CADH). Los/las comisionados/as deben ser "personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos".[2] A pesar de que estos requisitos no se encuentran definidos formalmente, la sociedad civil ha hecho aportes que permiten establecer ciertas pautas de interpretación. Por ejemplo, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, por sus siglas en inglés) ha entendido que:

> *La más alta autoridad moral.* Hace referencia al público reconocimiento de una actuación personal y profesional intachable y ejemplar reflejo de calidades humanas tales como el compromiso con la efectiva vigencia de los derechos humanos, el decidido e inequívoco aprecio por la dignidad humana y el profundo respeto por la libertad e igualdad de las personas. También existe una vara mínima respecto a la tacha que implica haber participado en gobiernos autoritarios o dictatoriales, haber participado de violaciones de derechos humanos, haber sostenido posiciones ideológicas incompatibles con la promoción de la dignidad humana o la protección internacional de los derechos humanos, etc.
>
> *Reconocida competencia en materia de derechos humanos.* Con relación a la competencia, la experiencia en este campo no se limita a la formación académica en este ámbito, sino también al ejercicio profesional en esta arena, la habilidad intelectual para traducir los hechos y argumentos en sólidos análisis jurídicos y políticos, la capacidad para abordar diversas áreas fundamentales para el desarrollo de las funciones del órgano: especialidades jurídicas (por ejemplo: derecho del refugio), temáticas (por ejemplo, género), habilidades técnicas (ej: documentación o implementación de políticas públicas en derechos humanos), entre otras. En este ejercicio, las calidades jurídicas, profesionales y humanas de los candidatos deben primar sobre los vínculos y lealtades políticas.[3]

Los miembros de la Comisión son elegidos por cuatro años y sólo pueden ser reelegidos una única vez. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.[4]

---

1 Artículo 106 de la Carta de la OEA, artículo 1 del Estatuto y artículo 1 del Reglamento.

2 Artículos 34 y 35 de la Convención Americana, artículo 2 del Estatuto de la CIDH y artículo 1 de su Reglamento.

3 Center for Justice and International Law (CEJIL). Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documento de coyuntura Nº 1. San José, Costa Rica: CEJIL, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2005.

4 Artículo 37.1 de la CADH y artículo 7 del Estatuto de la Comisión.

Desde la primera conformación de la Comisión IDH en 1960 hasta 2011 ha habido 61 miembros, de los cuales 53 han sido hombres y tan sólo 8 han sido mujeres. En la Asamblea General de la OEA llevada a cabo en San Salvador, El Salvador, en junio de 2011, fue reelegido el comisionado Felipe González (ciudadano de Chile) y se eligieron tres nuevas comisionadas: Tracy Robinson (ciudadana de Jamaica), Rosa María Ortiz (ciudadana de Paraguay) y Rose-Marie Belle Antoine (ciudadana de Santa Lucía y Trinidad y Tobago). Dichos mandatos comenzaron a regir el 1 de enero de 2012. La integración de la Comisión IDH la completan la estadounidense Dinah Shelton, el colombiano Rodrigo Escobar Gil y el mexicano José de Jesús Orozco Henríquez, cuyos mandatos culminan en 2013. Es así como, actualmente, *por primera vez en sus más de 50 años de funciones, la CIDH está integrada en su mayoría por mujeres.*

1. Incompatibilidades

El artículo 8 del Estatuto y el artículo 4 del Reglamento señalan la existencia de ciertas incompatibilidades en relación al ejercicio del cargo de Comisionado/a y definen el procedimiento a seguir en la consideración y resolución de un caso.

En ese marco se establece que el cargo de miembro de la Comisión IDH es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieran afectar su independencia, su imparcialidad, o la dignidad o el prestigio de dicho cargo. En el momento de asumir sus funciones los miembros se comprometerán a no representar a víctimas o sus familiares, ni a Estados, en medidas cautelares, peticiones y casos individuales ante la Comisión IDH, por un plazo de dos años, contados a partir del cese de su mandato como miembros de la Comisión.

En caso de que se presente una posible situación de incompatibilidad, la Comisión resolverá sobre la misma con el voto afirmativo de por lo menos cinco de sus miembros. La persona cuestionada tendrá la oportunidad de ser oída antes de que se tome la decisión. Si se llegara a declarar la existencia de la incompatibilidad, la Comisión elevará el caso con sus antecedentes por conducto del Secretario General a la Asamblea General de la OEA, la cual decidirá al respecto. La declaratoria de incompatibilidad, por parte de la Asamblea General, será adoptada con una mayoría de los dos tercios de los Estados miembros de la Organización y causará la inmediata separación del cargo del miembro de la Comisión, pero no invalidará las actuaciones en la que éste/a hubiera intervenido.

2. Deberes, inmunidades y privilegios de los miembros de la Comisión IDH

El artículo 9 del Estatuto dispone que son *deberes* de los/las comisionados/as:

1. Asistir, salvo impedimento justificado, a las reuniones ordinarias y extraordinarias que celebre la Comisión en su sede permanente o en aquella a la que haya acordado trasladarse transitoriamente.

2. Formar parte, salvo impedimento justificado, de las Comisiones Especiales que la Comisión acuerde integrar para el desempeño de observaciones *in loco*, o para realizar cualquier otro de los deberes que le incumban.

3. Guardar absoluta reserva sobre todos los asuntos que la Comisión considere confidenciales.

4. Guardar, en las actividades de su vida pública y privada un comportamiento acorde con la elevada autoridad moral de su cargo y la importancia de la misión encomendada a la Comisión.

Por su parte, el artículo 10 del mismo instrumento destaca que en caso de grave violación de alguno de sus deberes por parte de algún/a comisionado/a, previa escucha de su testimonio, con el voto afirmativo de cinco de sus miembros, la Comisión IDH someterá el caso a la Asamblea General de la OEA, la cual decidirá si procede separarlo/a de su cargo.

En cuanto a las *inmunidades y privilegios* que gozan los/las comisionados/as desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, el artículo 12 del Estatuto distingue las que les corresponden en el territorio de los Estados miembros de la OEA que son parte de la Convención Americana y aquellos que

no lo son. En los primeros, les caben “las inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones” (inciso 1). En los segundos, tendrán “los privilegios e inmunidades correspondientes a sus cargos, necesarios para desempeñar con independencia sus funciones” (inciso 2). Por último, se señala que el régimen de inmunidades y privilegios podrá reglamentarse o complementarse mediante convenios multilaterales o bilaterales entre la Organización y los Estados miembros (inciso 3).

3. Directiva de la Comisión IDH

El artículo 14 del Estatuto y el artículo 6 del Reglamento establecen que la Directiva de la Comisión está compuesta por un/a *Presidente*, un/a *Primer/a Vicepresidente* y un/a *Segundo/a Vicepresidente*, que serán elegidos/as por mayoría absoluta de sus miembros.

Los artículos 8, 9 y 10 del Reglamento de la Comisión definen las atribuciones de la Presidencia así como los tiempos de permanencia en los cargos directivos y cómo proceder en casos de renuncia, vacancia y sustitución.

Los integrantes de la Directiva tienen un *mandato* de un año de duración y pueden ser reelegidos en sus cargos sólo una vez en cada período de cuatro años. En caso de que un miembro de la directiva renuncie a su cargo o deje de ser miembro de la Comisión, ésta llenará su puesto en la sesión inmediatamente posterior, por el tiempo que reste del mandato (artículo 9, inciso 1). Mientras tanto, la *sustitución* tendrá lugar por orden de jerarquía –también en los casos en que alguno/a se viere impedido/a de desempeñar sus funciones temporalmente–. Así, el Primer Vicepresidente sustituirá al Presidente y el Segundo Vicepresidente sustituirá al Primer Vicepresidente. Para el caso de vacancia, ausencia o impedimento del Segundo Vicepresidente, lo sucederá el miembro más antiguo o de mayor edad, de acuerdo al orden de precedencia dispuesto en el artículo 3 del Reglamento.

Con respecto a las *funciones del/de la Presidente*, éste/a tiene la atribución de:

a) representar a la Comisión ante los otros órganos de la OEA y otras instituciones;

b) convocar a sesiones de la Comisión, de conformidad con el Estatuto y el presente Reglamento;

c) presidir las sesiones de la Comisión y someter a su consideración las materias que figuren en el orden del día del programa de trabajo aprobado para el correspondiente período de sesiones; decidir las cuestiones de orden que se susciten durante las deliberaciones; y someter asuntos a votación de acuerdo con las disposiciones pertinentes de este Reglamento;

d) conceder el uso de la palabra a los miembros en el orden en que la hayan solicitado;

e) promover los trabajos de la Comisión y velar por el cumplimiento de su programapresupuesto;

f) rendir un informe escrito a la Comisión, al inicio de sus períodos de sesiones, sobre las actividades desarrolladas durante los recesos en cumplimiento de las funciones que le confieren el Estatuto y el presente Reglamento;

g) velar por el cumplimiento de las decisiones de la Comisión;

h) asistir a las reuniones de la Asamblea General de la OEA y a otras actividades relacionadas con la promoción y protección de los derechos humanos;

i) trasladarse a la sede de la Comisión y permanecer en ella durante el tiempo que considere necesario para el cumplimiento de sus funciones;

j) designar comisiones especiales, comisiones *ad hoc* y subcomisiones integradas por varios miembros, con el objeto de cumplir cualquier mandato relacionado con su competencia;

k) ejercer cualquier otra atribución conferida en el presente Reglamento u otras tareas que le encomiende la Comisión.

El/la Presidente puede delegar en uno/a de los/las Vicepresidentes o en otro miembro de la Comisión las atribuciones especificadas en los incisos a, h y k. En su Resolución 1/2013 Reforma del Reglamento,

políticas y prácticas, la Comisión IDH resolvió, como materia de política institucional sujeta a la disponibilidad de recursos, la inclusión –como prioridad– del desarrollo de un plan de acción para alcanzar una Presidencia de carácter permanente.[5]

II. Elección de miembros de la Comisión IDH y su Directiva

En relación al artículo 36 de la Convención Americana, los artículos 3 a 6 del Estatuto de la Comisión definen el *proceso de selección de los/as comisionados/as.*

Los miembros de la Comisión son elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, de una *lista de candidatos/as propuestos/as por los gobiernos de los Estados miembros;* a diferencia de la elección de los Jueces y Juezas de la Corte Interamericana, en la que participan solo los Estados parte de la Convención (artículo 53 de la CADH). Cada gobierno puede proponer un máximo de tres candidatos/as que pueden ser *nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización*. Cuando se proponga una terna, al menos uno de los/las candidatos/as deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente. Los/las comisionados/as serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una única vez.

Seis meses antes de la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, previa a la terminación del mandato para el cual fueron elegidos los miembros de la Comisión, el *Secretario General de la OEA* pide por escrito a cada Estado miembro de la Organización que presente sus candidatos dentro de un plazo de noventa días. Luego, el Secretario General prepara una lista de los/las candidatos/as presentados/as ordenados/as orden alfabético y la transmite a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la Asamblea General. La elección de los miembros de la Comisión se hace en base a dicha lista, por *votación secreta de la Asamblea General.* Resultan elegidos/as los/as candidatos/as que obtienen mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión fuese necesario realizar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente a los candidatos que reciban menor número de votos, en la forma que determine la Asamblea General.

Frente a los reclamos de la sociedad civil por un proceso de selección de comisionados/as y jueces/zas público, transparente e inclusivo,[6] en 2005 la Asamblea General de la OEA incorporó una práctica en ese sentido al solicitar a la Secretaría General que, al momento de presentarse una candidatura para integrar la Comisión o la Corte Interamericana, publique los respectivos *curriculum vitae* de los/as candidatos/as en la página web de la organización, a fin de que los Estados miembros y la sociedad civil en general estén informados adeucuadamente sobre su perfil. Asimismo, en ese marco, la Secretaría General debe emitir un comunicado de prensa notificando la publicación de dicha información. Adicionalmente, la Asamblea General invitó a los Estados miembros a que consideren la posibilidad de conocer los puntos de vista de las organizaciones de la sociedad civil a fin de contribuir a presentar las mejores candidaturas para ocupar los mencionados cargos.[7]

El gráfico que se muestra a continuación muestra la cantidad de comisionados/as según su país de origen, desde 1960 hasta la actualidad.[8] Estados Unidos, Venezuela y Argentina son los países que cuentan con una mayor cantidad de comisionados/as de su nacionalidad. Hay un bajo índice de representación de comisionados/as originarios/as de los pequeños Estados insulares del Caribe; mientras que catorce

---

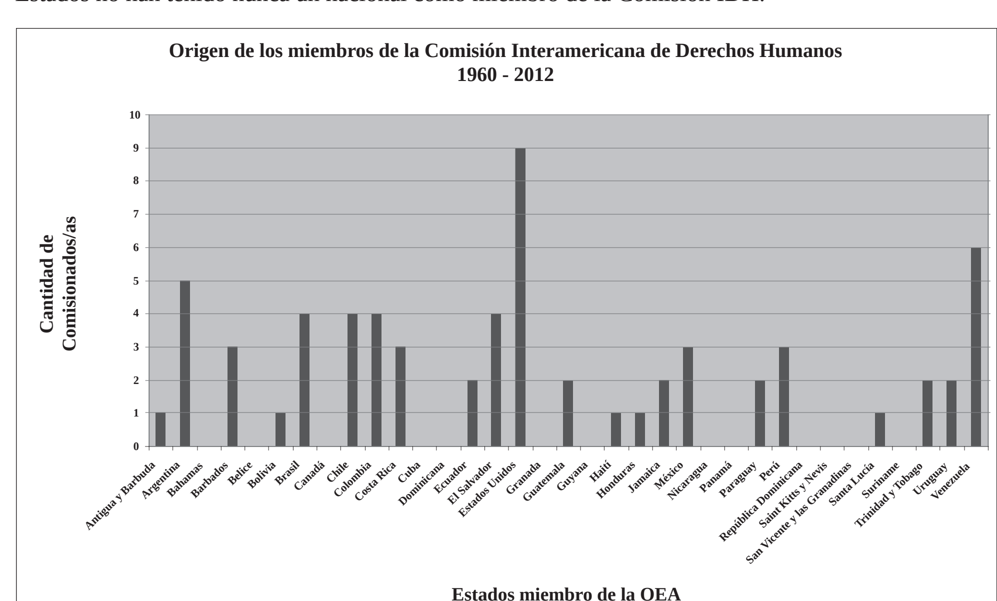
5 CIDH, Resolución 1/2013. Reforma del Reglamento, políticas y prácticas. 18 de marzo de 2013. Resolutivo 2. I. C.

6 Véase por ejemplo el Documento de coyuntura Nº 1 del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) supra nota 3; y CP/CAJP-1890/02 de 21 de marzo de 2002.

7 Véase AG/RES. 2120 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06).

8 La Resolución VI adoptada el 31 de enero de 1962 en la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano. Aquélla quedó sin efecto según lo dispuesto en la Resolución AG/RES.2438(XXXIX-O/09), aprobada en San Pedro Sula, Honduras, el 9 de junio de 2009, en el 39 período ordinario de sesiones. Asimismo, dicha resolución estableció que la participación de Cuba en la OEA será el resultado de un proceso de diálogo iniciado a solicitud del Gobierno de ese Estado y de conformidad con las prácticas, propósitos y principios de la OEA.

Estados no han tenido nunca un nacional como miembro de la Comisión IDH.



La *renuncia* de un miembro de la Comisión deberá ser presentada por escrito al (a la) Presidente de la Comisión IDH.[9] En casos como estos, en línea con lo dispuesto en el artículo 38 de la Convención, el artículo 11 del Estatuto establece que, al producirse una *vacante que no se deba al vencimiento normal del mandato,* el/la Presidente de la Comisión lo notificará inmediatamente al Secretario General de la OEA, quien lo pondrá en conocimiento de los Estados miembros de la Organización. Para llenar la vacante cada gobierno podrá presentar un/a candidato/a dentro del plazo de treinta días desde la fecha de recibo de la comunicación del Secretario General. Éste preparará una lista por orden alfabético de las personas propuestas y la comunicará al Consejo Permanente de la Organización, el cual llenará la vacante. Cuando la expiración del mandato fuese dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurriera una vacante, ésta no se llenará.

Por último, en cuanto a las *elecciones de la Directiva de la Comisión*, el artículo 7 de su Reglamento señala que:

> 1. La elección de los cargos (…) [de Presidente, Primer/a y Segundo/a Vicepresidente] se llevará a cabo con la sola participación de los miembros presentes.
>
> 2. La elección será secreta. Sin embargo, por acuerdo unánime de los miembros presentes, la Comisión podrá acordar otro procedimiento.
>
> 3. Para ser electo en cualquiera de [estos] cargos (…) se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.
>
> 4. Si para la elección de alguno de estos cargos resultare necesario efectuar más de una votación, se eliminarán sucesivamente los nombres que reciban menor número de votos.
>
> 5. La elección se efectuará el primer día del primer período de sesiones de la Comisión en el año calendario.

9 Artículo 5 del Reglamento.

III. Funcionamiento de la Comisión IDH

1. Estatuto y Reglamento

El Estatuto y el Reglamento de la Comisión son los instrumentos que delinean y definen las cuestiones procedimentales para su operatividad. El artículo 39 de la Convención Americana dispone que "[l]a Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento".

El artículo 22 del Estatuto de la Comisión IDH determina que éste podrá ser modificado por la Asamblea General y que la Comisión formulará y adoptará su propio Reglamento, el cual –de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 79– podrá ser modificado por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. El artículo 78 del Reglamento dispone que cualquier duda que surgiere en lo que respecta a la interpretación del mismo, deberá ser resuelta por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

Como ya mencionamos, la Comisión IDH fue creada en agosto de 1959 mediante la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago, Chile. Debido a que la existencia de la Comisión es previa a la adopción de la Convención de 1969, sus primeros Estatutos y Reglamentos datan de años anteriores.

Su *primer Estatuto* fue aprobado por el Consejo de la Organización en las resoluciones del 25 de mayo y el 8 de junio de 1960. Durante el primer período de sesiones de la Comisión IDH, tras revisar distintos proyectos, el 24 de octubre de 1960 ésta finalmente aprobó la versión definitiva de su *primer Reglamento.*[10] Este instrumento que regula los procedimientos ante la Comisión fue enmendado en tres oportunidades, en los períodos de sesiones correspondientes a 1961, 1962 y 1966. El Estatuto, por su parte, fue modificado en abril de 1966 durante el décimo tercer período de sesiones de la Comisión IDH en la Ciudad de México, en el cual se incorporaron las enmiendas introducidas por la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil, en noviembre de 1965.

Con la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires en 1970 y de la CADH en 1978, la Comisión debió adaptar los instrumentos que regulaban su funcionamiento a una *nueva realidad*. La reforma de la Carta de la OEA había elevado su estatus al de "órgano principal de la Organización"[11] y la Convención había creado un *sistema regional de protección de derechos humanos conformado por la Comisión y la naciente Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Así, algunas de las funciones de la Comisión IDH pasaron a guardar estrecha relación con las de la Corte, por lo que se hizo imperioso un cambio en su Estatuto y Reglamento.

Tomando en consideración la Resolución CP/RES. 253 (343/78) "Transición entre la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" –adoptada por el Consejo Permanente de la Organización el 20 de septiembre de 1978–, en octubre de 1979, en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, la Asamblea General de la OEA aprobó mediante la Resolución Nº 447 un nuevo Estatuto de la Comisión, el cual sigue vigente hasta hoy en día. Adicionalmente, en esa oportunidad, a través de la Resolución Nº 448, la Asamblea General adoptó el primer Estatuto de la Corte Interamericana.

En abril de 1980, durante su cuadragésimo noveno período de sesiones, la Comisión aprobó un nuevo Reglamento en el que incluyó un capítulo que rige las "Relaciones con la Corte IDH". Ese mismo año, la Corte aprobó su primer Reglamento y comenzó sus funciones. Durante los años '80, el Tribunal ejerció especialmente sus funciones consultivas, dado que en aquel entonces eran pocos los Estados

[10] Doc. OEA/Ser.L/V/I.2, Rev. 2

[11] Cabe destacar que en el sistema universal no existe un órgano principal en el seno de la Organización de las Naciones Unidas que se ocupe de la promoción, protección y defensa de los Derechos Humanos. La extinta Comisión de Derechos Humanos operaba bajo la órbita del Consejo Económico y Social y el actual Consejo de Derechos Humanos lo hace en el marco de la Asamblea General de la ONU.

que habían reconocido su competencia contenciosa. En 1988 emitió su primera Sentencia de Fondo[12], marcando el inicio de una década de desarrollo sustantivo de estándares regionales. Casi una década después, el sistema interamericano de protección de derechos humanos entró en un profundo proceso de reflexión que continúa hasta nuestros días. En ese contexto, los Reglamentos de la Comisión y la Corte han sido reformados en reiteradas ocasiones en la primera década del nuevo siglo. En el caso de la Comisión Interamericana, el Reglamento de 1980 fue reformado por la Comisión en el año 2000 en su 109º período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre, y fue posteriormente modificado en su 116º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, en su 118° período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003, en su 126º período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006, en su en su 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008; en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y la reforma aprobada por Resolución 1/2013, de fecha 18 de marzo de 2013.

Cabe mencionar que las *reformas de los Reglamentos de la Comisión y la Corte han ido reconociendo progresivamente el rol central de las víctimas en el litigio*. A pesar de que la propia Comisión y Corte son las que tienen la facultad de modificar sus Reglamentos, han abierto a consulta sus propuestas de reformas. En todo ese proceso, pese a las limitaciones de los mecanismos institucionales, ha sido de vital importancia la participación y la incidencia de la sociedad civil en las discusiones.[13]

2. Sede y períodos de sesiones

El artículo 16 del Estatuto establece que la Comisión tendrá su sede en *Washington, D.C., Estados Unidos,* y contará con la facultad de trasladarse y reunirse en el territorio de cualquier Estado americano cuando lo decida por mayoría absoluta de votos y con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo.

El mismo artículo prevé que la Comisión se reúna en *sesiones ordinarias y extraordinarias* de conformidad con su Reglamento; el cual dispone en su artículo 14 que:

> 1. La Comisión celebrará al menos dos períodos ordinarios de sesiones al año durante el lapso previamente determinado por ella y el número de sesiones extraordinarias que considere necesario. Antes de la finalización del período de sesiones se determinará la fecha y lugar del período de sesiones siguiente.
>
> 2. Los períodos de sesiones de la Comisión se celebrarán en su sede. Sin embargo, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, la Comisión podrá acordar reunirse en otro lugar con la anuencia o por invitación del respectivo Estado.
>
> 3. Cada período se compondrá de las sesiones necesarias para el desarrollo de sus actividades. Las sesiones tendrán carácter reservado, a menos que la Comisión determine lo contrario.
>
> 4. El miembro que, por enfermedad o por cualquier causa grave se viere impedido de asistir a todo o a una parte de cualquier período de sesiones de la Comisión, o para desempeñar cualquier otra función, deberá así notificarlo, tan pronto le sea posible, al Secretario Ejecutivo, quien informará al Presidente y lo hará constar en acta.

En los últimos años, ocasionalmente la Comisión ha hecho uso de la facultad de sesionar *fuera de su sede* a fin de dar a conocer y promocionar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como de difundir su trabajo.

[12] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

[13] Véase por ejemplo aportes de la sociedad civil en CP/CAJP-1813/01 de 15 de mayo de 2001 y CP/CAJP-2717/09 de 27 de marzo de 2009; así como en ocasión de la última reforma del artículo 11 del Reglamento de la CIDH: http://www.oas.org/council/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp#Orga%20Sociedad%20Civil

3. Secretaría Ejecutiva

El artículo 40 de la Convención Americana prevé que la Comisión cuente con los servicios de una Secretaría, los cuales deberán ser desempeñados por una unidad funcional especializada, parte de la Secretaría General de la OEA. Conforme el artículo 21 del Estatuto, la Secretaría se encuentra a cargo de una unidad administrativa especializada bajo la dirección de un/a Secretario/a Ejecutivo/a. El artículo 11.1 del Reglamento[14] especifica que la Secretaría Ejecutiva estará *compuesta por* un/a Secretario/a Ejecutivo/a y por lo menos un/a Secretario/a Ejecutivo/a Adjunto/a; y por el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus labores. El artículo 12 del Reglamento dispone que, en casos de ausencia o impedimento, el/la Secretario/a Ejecutivo/a será sustituido/a por el/la Adjunto/a y a falta de ambos/as, designarán temporalmente a uno de los especialistas de la Secretaría Ejecutiva para sustituirlos/as.

En concordancia con el artículo 40 de la CADH, el artículo 21 del Estatuto señala que la Secretaría de la Comisión debe disponer de los recursos y del personal necesario para cumplir con las tareas que le encomiende la Comisión. En el mismo marco, se requiere que, al igual que los miembros de la Comisión, el/la Secretario/a Ejecutivo/a sea una persona de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. El artículo 11.2 del Reglamento añade que debe tratarse de alguien con independencia y experiencia.

El artículo 11.4 del Reglamento dispone que, previo a iniciar su período en el cargo y durante el mismo, el/la Secretario/a Ejecutivo/a y su Adjunto/a revelarán a la Comisión cualquier interés que pueda ser considerado en conflicto con el ejercicio de sus funciones. Según el artículo 12 del Reglamento, al momento de asumir sus funciones el/la Secretario/a Ejecutivo/a se comprometerá a no representar a víctimas o sus familiares, ni a Estados, en medidas cautelares, peticiones y casos individuales ante la Comisión IDH, por un plazo de dos años, contados a partir del cese de sus funciones.

Éste/a será responsable de las actividades de la Secretaría y asistirá a la Comisión en el ejercicio de sus funciones. El artículo 13 del Reglamento dispone que "[l]a Secretaría Ejecutiva preparará los proyectos de informe, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomienden la Comisión o el Presidente[,] (…) recibirá y dará trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión [y] podrá también solicitar a las partes interesadas la información que considere pertinente (…)». En ese contexto, el artículo 12 remarca que todo el personal de la Secretaría Ejecutiva tiene el deber de guardar la más absoluta reserva sobre todos los asuntos que la Comisión considere confidenciales.

El artículo 12 del Reglamento define las siguientes *atribuciones* del/de la Secretario/a Ejecutivo/a:

a) dirigir, planificar y coordinar el trabajo de la Secretaría Ejecutiva y coordinar los aspectos operativos de la labor de los grupos de trabajo y relatorías;

b) elaborar, en consulta con el Presidente, el proyecto de programapresupuesto de la Comisión, que se regirá por las normas presupuestarias vigentes para la OEA, del cual dará cuenta a la Comisión;

c) preparar, en consulta con el Presidente, el proyecto de programa de trabajo para cada período de sesiones;

d) asesorar al Presidente y a los miembros de la Comisión en el desempeño de sus funciones;

e) rendir un informe escrito a la Comisión, al iniciarse cada período de sesiones, sobre las labores cumplidas por la Secretaría Ejecutiva a contar del anterior período de sesiones, así como de aquellos asuntos de carácter general que puedan ser de interés de la Comisión;

f) ejecutar las decisiones que le sean encomendadas por la Comisión o el Presidente.

[14] En marzo de 2011, durante su 141º período ordinario de sesiones, la Comisión Interamericana aprobó un borrador de reforma del artículo 11 de su Reglamento y lo abrió para la consulta y comentarios de los Estados y de la sociedad civil. Tras sendas discusiones, la versión final fue aprobada el 2 de septiembre de 2011 y su contenido último se refleja oportunamente en esta sección.

El artículo 21 del Estatuto y 11.3 del Reglamento definen el *proceso de selección* de la persona a cargo de la Secretaría Ejecutiva, quien será designada por el/la Secretario/a General de la OEA en consulta con la Comisión. La Comisión llevará a cabo el siguiente procedimiento interno para identificar el/la candidata/a más calificado/a y remitir su nombre al/a la Secretario/a General, proponiendo su designación por un período de cuatro años que podrá ser renovado una vez:

a) La Comisión realizará un concurso público para llenar la vacante y publicará los criterios y calificaciones para el cargo, así como una descripción de las tareas a ser desempeñadas.

b) La Comisión revisará las aplicaciones recibidas e identificará entre tres y cinco finalistas, quienes serán entrevistados para el cargo.

c) Las hojas de vida de los/as finalistas se harán públicas, incluyendo en la página Web de la Comisión, durante el mes anterior a la selección final con el objeto de recibir observaciones sobre los/as candidatos/as.

d) La Comisión determinará el/a candidato/a más calificado/a, teniendo en cuenta las observaciones, por mayoría absoluta de sus miembros.

Por último, para que el/la Secretario/a General pueda proceder a la *separación* del/de la Secretario/a Ejecutivo/a de la CIDH deberá consultar su decisión con la Comisión e informarle de los motivos en que se fundamenta.

4. Relatorías y grupos de trabajo

La Comisión Interamericana tiene una *división de trabajo* a su interior, la cual tiene por objeto el mejor desempeño y cumplimiento de sus funciones. El artículo 15 del Reglamento define el marco operativo para las relatorías y grupos de trabajo.

La Comisión puede asignar tareas o mandatos específicos a uno o a un grupo de sus miembros con vista a la preparación de sus períodos de sesiones o para la ejecución de programas, estudios o proyectos especiales.

Asimismo, puede designar a sus miembros como responsables de *relatorías de país*, en cuyo caso asegurará que cada Estado miembro de la OEA cuente con un/a relator/a; quien ejercerá las responsabilidades de seguimiento que la Comisión le asigne y, al menos una vez al año, informará al pleno sobre las actividades llevadas a cabo. Si bien el Reglamento no hace ningún pronunciamiento al respecto, se entiende que ningún miembro de la Comisión podrá ser designado Relator/a de su país de origen.

La Comisión también puede crear *relatorías temáticas o especiales* con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos en el continente respecto de áreas de especial interés. Los mandatos serán evaluados en forma periódica y sujetos a revisión, renovación o terminación por lo menos cada tres años. El inciso 3 del artículo 15 establece que los fundamentos de la decisión de creación de este tipo de relatorías serán plasmados en una resolución adoptada por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión en la que se dejará constancia de la definición del mandato conferido –incluyendo sus funciones y alcances– y la descripción de las actividades a desarrollar y los métodos de financiamiento proyectados con el fin de sufragarlas.

Las personas a cargo de las relatorías temáticas y especiales desempeñarán sus actividades en coordinación con aquellas a cargo de las relatorías de país. Los relatores y relatoras presentarán sus planes de trabajo al pleno de la Comisión para aprobación, y rendirán un informe escrito a la Comisión IDH sobre las labores realizadas, al menos una vez por año. Asimismo, se espera que llamen la atención del pleno de la Comisión sobre cuestiones que, habiendo llegado a su conocimiento, puedan ser consideradas como materia de controversia, grave preocupación o especial interés de la Comisión.

Las relatorías temáticas estarán a cargo de un miembro de la Comisión IDH, designado por la misma Comisión durante sus períodos de sesiones; mientras que las relatorías especiales estarán a cargo de

otras personas, elegidas a través de un proceso de selección definido en el inciso 4 del artículo 15 que dispone que serán designadas por la Comisión conforme a los siguientes parámetros:

a) convocatoria a concurso abierto para llenar la vacante, con publicidad de los criterios a ser empleados en la elección de postulantes, de sus antecedentes de idoneidad para el cargo, y de la resolución de la CIDH aplicable al proceso de selección;

b) elección por voto favorable de la mayoría absoluta de miembros de la CIDH y publicidad de los fundamentos de la decisión.

Los/as relatores/as especiales ejercerán sus funciones en coordinación con la Secretaría Ejecutiva, la cual podrá delegarles la preparación de informes sobre peticiones y casos. El ejercicio del cargo será por un período de tres años, renovable por única vez, a menos que el mandato de la relatoría concluya antes de que se cumpla ese período. La Comisión, por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, podrá decidir reemplazar a un relator o relatora especial, por causa razonable. Se espera que previo al proceso de designación, y durante el ejercicio de su cargo, éstos/as revelen a la Comisión todo interés que pueda estar en conflicto con el mandato de la relatoría.

Actualmente, la Comisión Interamericana cuenta con siete relatorías temáticas: la de Pueblos Indígenas, creada en 1990; la de Mujeres, creada en 1994; la de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, creada en 1996;[15] la de Niños, Niñas y Adolescentes, creada en 1998; la de Personas Privadas de Libertad, creada en 2004; la de Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, creada en 2005; y la de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos recientemente creada en 2011.[16] Adicionalmente, hay una relatoría especial sobre Libertad de Expresión creada en 1997, la cual presenta Informes de Países, Temáticos y Anuales diferenciados. Por último, también existe una *unidad especializada* para los derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Trans, Bisexuales e Intersex, creada en noviembre de 2011 y operativa completamente desde febrero de 2012.

5. Discusiones, quórums y votaciones

El artículo 17 del Reglamento de la Comisión establece que sus miembros no podrán participar en la discusión, investigación, deliberación o decisión de un asunto sometido a la consideración de la Comisión en los siguientes casos:

a) si fuesen nacionales del Estado objeto de consideración general o específica o si estuviesen acreditados o cumpliendo una misión especial como agentes diplomáticos ante dicho Estado;

b) si previamente hubiesen participado, a cualquier título, en alguna decisión sobre los mismos hechos en que se funda el asunto o si hubiesen actuado como consejeros o representantes de alguna de las partes interesadas en la decisión.

En caso de que un miembro considere que debe abstenerse de participar en el examen o decisión del asunto se lo comunicará a la Comisión, la cual decidirá si es procedente la *inhibición*. Asimismo, cualquier miembro podrá suscitar la inhibición de otro miembro, fundado en las causales mencionadas. Mientras la Comisión no se encuentre reunida en sesiones ordinarias o extraordinarias, los miembros podrán deliberar y decidir las cuestiones de su competencia por el medio que consideren adecuado.

El artículo 17 del Estatuto dispone que la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión constituye *quórum* y diferencia en sus incisos 2 y 3 que:

En relación con los Estados que son partes en la Convención, las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión en los casos en que así lo establezcan

[15] El 30 de marzo de 2012, en el marco de su 144º Período de Sesiones, la CIDH decidió modificar el mandato de la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes. Según expresó: "[e]n respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, el nuevo mandato está enfocado en el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana."

[16] Esta relatoría elevó su estatus porque originalmente fue creada en 2001 como una Unidad.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el presente Estatuto. En los demás casos se requerirá la mayoría absoluta de los miembros presentes.

En relación con los Estados que no son partes en la Convención, las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión, salvo cuando se trate de asuntos de procedimiento, en cuyo caso las decisiones se tomarán por simple mayoría.

Los artículos 16 y 18 del Reglamento disponen la necesidad de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión para sesionar y para decidir y resolver sobre una serie de cuestiones especiales, tales como:

a) elección de los integrantes de la directiva de la Comisión;

b) interpretación de la aplicación del presente Reglamento;

c) adopción de informe sobre la situación de los derechos humanos en un determinado Estado;

d) cuando tal mayoría esté prevista en la Convención Americana, el Estatuto o el presente Reglamento.

Respecto a otros asuntos será suficiente el voto de la mayoría de los miembros presentes.

Por último, el artículo 19 del Reglamento reconoce que los miembros de la Comisión, estén o no de acuerdo con las decisiones de la mayoría, tendrán derecho a presentar su voto razonado, el cual se incluirá a continuación de las mismas. Los votos razonados deben presentarse por escrito a la Secretaría dentro de los 30 días posteriores al período de sesiones en el cual se haya adoptado la respectiva decisión. En casos urgentes, la mayoría absoluta de los miembros puede estipular un plazo menor. Vencido dicho plazo sin que se haya presentado el voto razonado según lo previsto, se considerará que el respectivo miembro desistió del mismo, sin perjuicio de consignar su disidencia.

Sección 2 - Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Normas y jurisprudencia más relevante

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informes y resoluciones

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas.* 2011.

Medidas cautelares

CIDH. MC 260/07. *Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.* Otorgadas el 20 de mayo de 2010.

CIDH. MC 340/10. *Mujeres y niñas residentes en 22 campos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití.* Otorgadas el 22 de diciembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Medidas provisionales

Corte IDH. *Asunto Internado Judicial de Monagas ("La Pica"); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II*. Solicitud de medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008.

Corte IDH. *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros*. Medidas Provisionales respecto de Panamá. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010.

Artículos y publicaciones académicos

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Teorías y realidades)*, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, Venezuela. Número 46. 1993.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos.* En: *Anuario del Centro de Derechos Humanos*. Universidad de Chile: Santiago, Chile. Número 5. Julio de 2009.

Índice

I. Funciones de la Comisión IDH

En el marco del artículo 41 de la CADH, la Comisión tiene la *función principal* de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos". A estos fines, se dota a la Comisión de una serie de atribuciones que son enumeradas en el mismo artículo y sobre las cuales se profundiza en los artículos 18, 19 y 20 de su Estatuto.

El artículo 1 del Estatuto refuerza la naturaleza de la Comisión Interamericana como "órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los

derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia." Adicionalmente, en el inciso 2 define que:

> Para los fines del presente Estatuto, *por derechos humanos se entiende:*
>
> a) los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma;
>
> b) los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.

Las funciones de la Comisión Interamericana fueron ampliándose progresivamente desde su creación. Entre las que hoy se le atribuyen, pueden distinguirse claramente unas de *carácter judicial* –también llamadas "cuasi-judiciales"– y otras de *carácter político.* Las primeras se ejercen de forma diferenciada entre aquellos Estados que son parte de la CADH y aquellos que no lo son, mientras que las segundas afectan por igual a todos los Estados miembros de la OEA.

En el cumplimiento de su mandato, la Comisión se vale de una *amplia variedad de medios* que están a su alcance y se encuentran específicamente definidos en su Estatuto y Reglamento. Independientemente o combinados, estos permiten la producción de los *distintos Informes que son el resultado del trabajo de la CIDH.*

II. Reseña histórica

La OEA fue creada durante la Novena Conferencia Internacional Americana, la que tuvo lugar en Bogotá, Colombia, entre los meses de abril y mayo de 1948. El contenido original de la *Carta de la OEA* incluía pocas pero claras disposiciones en relación a los derechos humanos; refiriéndose a ellos como "derechos esenciales del hombre" (Preámbulo) o como "derechos fundamentales de la persona humana" (artículo 5).

En la misma conferencia se adoptó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* No obstante, la Carta de la OEA no contemplaba la existencia de un órgano que se ocupara de la promoción ni de la protección de los derechos reconocidos en dicho instrumento. Aún así, se le encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal internacional con esos fines.[1]

El asunto fue postergado hasta la *Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores* celebrada en Santiago, Chile, en agosto de 1959. El clima político que se vivía en el Caribe fue propicio para el posicionamiento de los temas de derechos humanos en la agenda regional. La Resolución VIII solicitó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos y creó una *Comisión IDH* "encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el […] Consejo [de la OEA] y [con] las atribuciones específicas que éste le señale".

En junio de 1960 el Consejo de la organización aprobó el *Estatuto de la Comisión IDH,* el cual contenía disposiciones sobre su composición, elección de sus miembros y de la Secretaría, competencia, reuniones y votación. Las funciones y atribuciones enumeradas en el *artículo 9* de aquel primer Estatuto facultaban a la Comisión Interamericana para:

> a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
>
> b) formular recomendaciones, en caso de que lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos

[1] Faúndez Ledesma, Héctor. "*El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Teorías y realidades)*", en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, Venezuela. Número 46. 1993.

dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos;

c) preparar los estudios e informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones;

d) encarecer a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informaciones sobre las medidas que adopten en el orden de los derechos humanos; y

e) servir de cuerpo consultivo de la OEA en materia de derechos humanos.

En este marco, la Comisión debía entender por "derechos humanos" a aquellos derechos reconocidos en la Declaración Americana.

Cabe destacar que, como bien señala el autor Faúndez Ledesma, "[d]e acuerdo con los términos del Estatuto entonces aprobado, la Comisión era una entidad autónoma de la Organización de [los] Estados Americanos –de carácter no convencional– cuyo mandato era *promover* el respeto de los derechos humanos".[2] Esto se veía claramente reflejado en la negativa de los Estados para otorgarle al nuevo órgano la competencia de conocer sobre quejas efectuadas por individuos respecto de violaciones a los derechos humanos cometidas por ellos. Sin embargo, fue inevitable la afluencia de denuncias semejantes.

A raíz de su establecimiento, la Comisión comenzó a recibir una gran cantidad de comunicaciones de víctimas de violaciones a los derechos humanos de todo el continente que clamaban por una reacción de este órgano en el que depositaban esperanzas de encontrar protección y justicia. Sin embargo, ésta no contaba con un mandato expreso para procesar ese tipo de denuncias.

En octubre de 1960 la Comisión se instaló formalmente en Washington DC. Durante su primer período de sesiones, tras revisar distintos proyectos, el 24 de octubre la Comisión IDH aprobó la versión definitiva de su primer Reglamento.[3]

Asimismo, en el contexto descrito, los/as mismos/as comisionados/as se mostraron preocupados/as frente a las limitaciones de las funciones de la Comisión. En un Informe presentado en la Undécima Conferencia Interamericana llamaron la atención sobre el hecho de que sus facultades "no le permitirían realizar la misión que los pueblos de América pueden esperar de ella en defensa de los derechos humanos, pues ha considerado que su deber no debe limitarse a la simple promoción del respeto de esos derechos, sino que está obligada a cuidar de que ellos no sean violados".[4] Paralelamente, otros actores del sistema también reconocieron el deber de *proteger* los derechos humanos que le correspondía a la Comisión.[5]

En esa oportunidad, el Sr. Rómulo Gallegos –entonces Presidente de la Comisión IDH– presentó un *Proyecto de Reforma del Estatuto* redactado por la propia Comisión, con el objeto de enmendar el Artículo 9 agregando dos nuevos incisos; a fin de ampliar sus facultades para poder "examinar las comunicaciones o reclamaciones que le sean dirigidas por cualquier persona o grupo de personas o por asociaciones y preparar informes relativos a esas reclamaciones".[6]

De todas formas, consciente de que desentrañar esta cuestión llevaría su tiempo, la Comisión optó por no rechazar las comunicaciones recibidas y aprovechó para utilizarlas como insumo en sus informes de países. Tras sendas discusiones, hizo una interpretación amplia de sus funciones estatutarias y terminó por entender que "el acápite b) del Artículo 9 del Estatuto de la Comisión permite a ésta, en caso de que

---

2 *Op. cit.*, p. 61.

3 Doc. OEA/Ser.L/V/I.2, Rev. 2

4 OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

5 Por ejemplo, en una Sesión Protocolar del Consejo de la OEA celebrada el 13 de octubre de 1960, el Embajador Vicente Sánchez Gavito -Presidente del Consejo en ese entonces- identificó a la Comisión como el "único órgano del Sistema encargado de la protección de los derechos humanos".

6 Supra nota 17.

lo estime conveniente, formular recomendaciones generales tanto a todos los Estados Miembros, como a cada uno de ellos".[7]

A través de los años, la Comisión Interamericana siguió insistiendo en la necesidad de ampliar sus atribuciones. Finalmente, en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria –celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en noviembre de 1965– los Estados aprobaron la *Resolución XXII "Expansión de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"*. En ella se reafirmó su deber de supervisar la observancia de los derechos humanos en todos los Estados miembros, con especial atención en aquellos derechos civiles y políticos enunciados en los artículos I, II, II, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana; y se le solicitó la presentación de un Informe Anual de actividades a los órganos políticos de la OEA. Adicionalmente, y en sintonía con una resolución de la propia Comisión en la cual había interpretado el alcance de su mandato, se la autorizó para ocuparse de las denuncias individuales recibidas, así como de solicitar información a los Estados y efectuar recomendaciones en relación a las mismas cuando lo considerara pertinente.[8] Posteriormente, durante su décimo tercer período de sesiones en abril de 1966 en la Ciudad de México, la Comisión IDH *actualizó su Estatuto* en función de los nuevos poderes que le habían sido conferidos, volcándolos en el *artículo 9 (bis)* que la autorizaba a:

> examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener información que considere pertinente; y formular recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales.

Asimismo, enmendó su Reglamento y estableció un procedimiento especial acorde a sus nuevas funciones.

En febrero de 1967 los Estados del continente se reunieron en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria –celebrada en Buenos Aires, Argentina– para revisar la Carta de la OEA y adoptaron un Protocolo de Reforma. Entre otras cosas, se elevó el estatus de la Comisión Interamericana al de *"órgano principal de la Organización"* cuya función principal sería "la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia".[9]

El mencionado *Protocolo de Buenos Aires* entró en vigor en febrero de 1970. Unos meses antes, en noviembre de 1969, se había llevado a cabo la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, durante la cual finalmente se había adoptado la CADH. Con su entrada en vigor en julio de 1978, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pasó a ser oficialmente un órgano convencional, principal y autónomo de la OEA.

Finalmente, este escenario condujo necesariamente a una *nueva adaptación y reforma del Estatuto de la Comisión IDH* a través de la Resolución 447 aprobada en el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA celebrada en octubre de 1979 en La Paz, Bolivia.

---

[7] *Op. cit.*

[8] La historia de la expansión progresiva de las funciones de la CIDH guarda algunas similitudes con la del procedimiento 1503 ante la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

[9] *Cfr*. el entonces artículo 112 de la Carta de la OEA, actualmente el artículo 106.

Abril-Mayo 1948	Carta de la organización de los Estados Americanos Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Novena Conferencia Internacional Americana, *Bogotá, Colombia*
Agosto 1959	Resolución VIII - Crea la Comisión interamericana de Derechos Humanos	Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Santiago, Chile*
Junio 1960	Estatuto de la CIDH aprobado por el congreso de la OEA	*Washington, DC, Estados Unidos*
Octubre 1960	Instalación formal e inicio de actividades de la CIDH	
Noviembre 1965	Resolución XXII "Expansión de las funciones de la CIDH"	Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, *Rio de Janeiro, Brasil*
Abril 1966	CIDH incorpora el artículo 9 bis a su Estatuto	Tercer Periodo de Sesiones de la CIDH, *Ciudad de México, México*
Febrero 1967	Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA - CIDH como órgano principal	Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, *Buenos Aires, Argentina*
Noviembre 1969	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *San José, Costa Rica*
Febrero 1970	Entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires	
Julio 1978	Entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	
Octubre 1979	Resolución Nº 447 Reforma del Estatuto de la CIDH se adapta a la CADH	Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, *La Paz, Bolivia*

La reseña histórica ilustrada en la tabla que antecede, permite comprender mejor cómo las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enumeradas en el artículo 41 de la Convención Americana están en línea con una ampliación que se fue dando gradualmente durante la década previa a la adopción de este instrumento.

III. Alcance de las funciones de la Comisión IDH

Las competencias de la Comisión IDH no tienen el mismo alcance en cuanto órgano principal de la OEA que en cuanto órgano de la Convención Americana. En ese sentido, los artículos 18, 19 y 20 de su *Estatuto* se ocupan de definirlas más profundamente, distinguiendo entre los Estados en su calidad de miembros de la Organización y los Estados como parte de la CADH o no:

> *Artículo 18.*
>
> Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:
>
> a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
>
> b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
>
> c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
>
> d) solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten;

f) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;

g) practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y

h) presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General.

Artículo 19.

En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

a) diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;

b) comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;

c) solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;

d) consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;

e) someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y

f) someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 20.

En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes:

a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;

c) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

Como bien puede apreciarse, las atribuciones dispuestas en el *artículo 18* que afectan por igual a todos los Estados miembros de la OEA son aquellas que corresponden a las *funciones políticas de* la Comisión; mientras que las que tienen un alcance diferenciado entre los Estados partes de la Convención y los que no lo son, según lo establecido en los *artículos 19 y 20,* corresponden a sus *funciones judiciales.*

Asimismo, en relación a los incisos b) y c) del artículo 19, cabe señalar que en el procedimiento del sistema de peticiones individuales la Comisión puede remitir casos a la *Corte Interamericana* o solicitarle la adopción de Medidas Provisionales *sólo con respecto a aquellos Estados que hayan reconocido su competencia contenciosa.*

IV. Funciones políticas

Las funciones políticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se hallan en los *primeros cinco incisos del artículo 41 de la CADH.* Como ya hemos mencionado, en concordancia con el hecho de que la Comisión es uno de los órganos principales de la OEA, este tipo de atribuciones alcanzan por igual a todos los Estados miembros de la organización.

Desde el inicio de sus labores, la Comisión monitorea y se pronuncia sobre la situación de derechos humanos en el continente en general y de ciertos Estados en particular. En las últimas dos décadas, también se ha ocupado de algunas temáticas, verificando el estado de grupos en especial situación de vulnerabilidad y desentrañando cuestiones coyunturalmente relevantes. Para ello, la Comisión IDH cuenta con una serie de herramientas a su alcance.

La Comisión puede realizar *visitas in loco* –es decir, en el lugar– para hacer observaciones en el territorio de un Estado americano. Según dispone el Estatuto en el ya citado artículo 18, se debe contar con la anuencia o la invitación del gobierno respectivo. Por su parte, los artículos 53 al 57 del Reglamento establecen el marco en el cual tiene lugar esta práctica. El Estado que invite a la Comisión o preste su consentimiento a ese efecto "se comprometerá a no tomar represalias de ningún orden en contra de las personas o entidades que hayan cooperado con ella mediante informaciones o testimonios" (artículo 56). Adicionalmente, se enumeran una serie de normas conforme a las cuales deben brindarse todas las garantías y facilidades necesarias para que la Comisión pueda llevar a cabo su misión (artículo 57).

Se prevé la creación de una Comisión Especial para cada caso designada a ese efecto (artículo 53), de la cual no podrá participar el miembro de la Comisión que sea nacional o que resida en el territorio del Estado en cuestión (artículo 54). Las delegaciones suelen estar integradas por el/la Comisionado/a Relator/a del país o de la temática más preocupante en ese Estado y por abogados/as de la Secretaría Ejecutiva. En ocasiones también acompaña el/la propio/a Secretario/a Ejecutivo/a.

Este equipo organiza su plan de trabajo (artículo 55). Sus actividades suelen incluir reuniones con representantes del gobierno y de la sociedad civil, visitas a instituciones estatales y organismos internacionales, así como a presuntas víctimas de violaciones a derechos humanos. Las visitas *in loco* sirven para recabar información sobre los casos individuales y para la elaboración de informes. Asimismo, por la difusión que tienen, ayudan a promover el debate sobre la situación de derechos humanos en el país, a fortalecer los reclamos de la sociedad civil, y a visibilizar el trabajo de la Comisión en el continente.[10]

Los artículos 61 a 69 del Reglamento de la Comisión IDH establecen y regulan su facultad para celebrar audiencias por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada, cuyo objeto será "recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite ante la Comisión, seguimiento de recomendaciones, medidas cautelares, o información de carácter general o particular relacionada con los derechos humanos en uno o más Estados miembros de la OEA" (artículo 62).

Con respecto a las *audiencias de carácter general*, el artículo 66 señala que:

1. Los interesados en presentar a la Comisión testimonios o informaciones sobre la situación de los derechos humanos en uno o más Estados, o sobre asuntos de interés general, deberán solicitar por

[10] Véase González Morales, Felipe. "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos", en *Anuario del Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile*, Santiago, Chile. Número 5. Julio de 2009.

escrito una audiencia a la Secretaría Ejecutiva, con una anticipación no menor a 50 días del inicio del correspondiente período de sesiones de la Comisión.

2. El solicitante deberá expresar el objeto de la comparecencia, una síntesis de las materias que serán expuestas, el tiempo aproximado que consideran necesario para tal efecto, y la identidad de los participantes.
3. Cuando la Comisión acceda a solicitudes de audiencia sobre la situación de los derechos humanos en un país, convocará al Estado interesado, a menos que decida mantener una audiencia privada conforme al artículo 68.
4. Si lo considera apropiado, la Comisión podrá convocar a otros interesados a participar de las audiencias sobre la situación de derechos humanos en uno o más Estados o sobre asuntos de interés general.
5. La Secretaría Ejecutiva informará acerca de la fecha, lugar y hora de la audiencia, con una anticipación no menor a un mes de su celebración. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, dicho plazo podrá ser menor.

Los artículos 68 y 70 disponen que las audiencias sean públicas, a excepción de circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario. Cuando se decida la privacidad de una audiencia, la Comisión resolverá quiénes podrán asistir a éstas y se levantarán actas en los mismos términos previstos para las audiencias públicas. Para todos los casos la Comisión grabará los testimonios y podrá ponerlos a disposición de las partes que lo soliciten.

Del uso de estas herramientas surgen distintos tipos de informes. La Comisión emite *Informes generales y especiales de la situación de derechos humanos de un País.* Los primeros son incluidos en el capítulo IV de su Informe Anual, mientras que los segundos se publican independientemente. El artículo 59.2 del Reglamento de la Comisión IDH dispone que, en la preparación y adopción de los mismos, la Comisión debe recabar información de todas las fuentes que estime necesarias. La realización de una visita *in loco* representa una oportunidad para que la Comisión IDH escuche a la mayor cantidad y diversidad de actores, a la vez que le permite observar la realidad en el terreno. Sin embargo, cabe destacar que las visitas *in loco* no son un requisito excluyente para la emisión de un Informe sobre país, dado que los Estados no siempre están dispuestos a recibir a la Comisión o a cooperar con ella.

El mencionado artículo prevé que, previo a la publicación, la Comisión transmita una copia del informe al Estado respectivo, el cual podrá remitir las opiniones que considere convenientes dentro del plazo máximo de un mes a partir del envío del informe correspondiente. El contenido de dicho informe y la decisión de publicarlo serán de la competencia exclusiva de la Comisión.

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que estará vigente a partir de agosto de 2013 modifica sustancialmente la forma y el contenido del Informe Anual de la Comisión IDH.

La Comisión IDH también emite *informes temáticos* que se ocupan de una diversidad de asuntos particularmente relevantes por la coyuntura o por la preocupación que despiertan en toda la región o en los/las comisionados/as. Entre ellos encontramos en los últimos años: *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas* (2012), *La situación de las personas Afrodescendientes en las Américas* (2011), *El camino hacia una democracia sustantiva: La participación política de las mujeres en las Américas* (2011), *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas* (2011), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales* (2010), *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos* (2010), *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos* (2009), e *Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes* (2009).

A veces, la Comisión cruza las temáticas y los países y produce informes que tratan sobre una situación determinada en un Estado específico. Este tipo de informes suelen nutrirse de los aportes recibidos en

las mencionadas audiencias temáticas, en las cuales se llama la atención a la Comisión IDH sobre el tema en cuestión.

Cabe mencionar también a los *Comunicados de Prensa*, a través de los cuales la Comisión abre algunos procesos a consultas y comentarios, informa sobre sus actividades, y toma posición sobre cuestiones políticamente relevantes. Los comunicados han adquirido mucha importancia en los últimos años debido a que su contenido se ha vuelto más sustantivo y a que, gracias a las suscripciones online, son recibidos en el mismo momento por miles de personas a lo largo y ancho de todo el continente interesadas en conocer sus novedades. Asimismo, cada vez que visita un Estado la Comisión IDH emite un Comunicado que en cierta forma es un adelanto del informe por publicarse.

Por último, la Comisión Interamericana desempeña actividades de difusión y promoción de los derechos humanos a través de *conferencias, seminarios, pasantías y publicaciones.*[11] En ese sentido, y como oportunamente expresamos, las sesiones fuera de su sede son una herramienta muy útil.

Las funciones políticas fueron las primeras que se le asignaron a la Comisión IDH, por lo que han sido las que más ha utilizado históricamente. Desde que se ampliaron sus facultades para permitirle ocuparse del sistema de casos individuales y, especialmente, a partir de que empezó a operar la Corte IDH, las funciones judiciales de la Comisión se han convertido en su prioridad. Aún así, las funciones políticas no deben ser subestimadas porque han sido y siguen siendo de suma importancia en el avance de la protección de los derechos humanos en la región y porque resultan ser un complemento necesario de las funciones judiciales.

V. Funciones judiciales

El *artículo 41.f de la CADH* dispone que la Comisión debe “actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la] Convención”.

La Comisión Interamericana cumple un rol cuasi-judicial cada vez que se involucra en casos particulares donde se denuncia a un Estado por algún tipo de violación a los derechos humanos. La Comisión IDH recibe y procesa las comunicaciones, evalúa el fondo del asunto con el objeto de comprobar si hubo o no violación y efectúa las recomendaciones correspondientes. Si bien no es un Tribunal Internacional, éste es el primer órgano al que se dirigen los habitantes del continente que guardan la esperanza de hallar en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos la justicia que no encontraron en sus países.

Para el ejercicio de dicho rol, la Comisión tiene ciertas funciones judiciales. Como mencionamos anteriormente, si bien la Comisión IDH puede poner en práctica estas funciones en todos los Estados del continente americano, lo hace con una competencia diferenciada entre aquellos que son partes de la CADH y aquellos que no. Para aquellos Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención, la Comisión IDH opera en el marco de la DADDH. *Si algún Estado miembro de la OEA quisiera desvincularse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debería denunciar la Carta de la organización, cosa que nunca ha sucedido.*

Finalmente, tal como se establece en el citado artículo 41.f, las funciones judiciales de la Comisión guardan estrecha relación con las disposiciones de los artículos 44 a 51 de la CADH. Al comentar los artículos referidos en las próximas páginas ampliaremos sobre la competencia, ahondaremos en el aspecto procedimental en cuestión y mencionaremos los medios al alcance de la Comisión para cumplir con dichas funciones, así como los distintos tipos de Informes que emite en ese marco.

[11] *Op. cit.*

VI. Medidas cautelares

En situaciones de gravedad y urgencia, la Comisión Interamericana puede solicitar a un Estado que adopte *medidas cautelares* a fin de prevenir un daño irreparable a personas que se encuentren bajo su jurisdicción independientemente de cualquier petición o caso, o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.

Aún cuando la Convención Americana no menciona explícitamente este instituto –como sí lo hace con las medidas provisionales en relación a la Corte–,[12] la Comisión las adopta con fundamento en las amplias atribuciones que el artículo 41 de dicho instrumento le otorga para la protección de los derechos humanos, así como en el marco del mandato de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" que le encomienda el artículo 106 de la Carta de la OEA.

La Comisión IDH ha reconocido que "las medidas cautelares cumplen una función *cautelar,* en el sentido de preservar una situación jurídica frente al ejercicio de jurisdicción por parte de la Comisión y *tutelar* en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales consagrados en las normas del sistema interamericano, evitando daños irreparables a las personas".[13]

Actualmente, el artículo 25 del Reglamento de la Comisión define los lineamientos que marcan *las condiciones y el alcance* de las medidas cautelares. Este artículo recoge una práctica ya instalada que se remonta al Reglamento aprobado en el año 1980 y que guarda estrecha relación con la puesta en funcionamiento de la Corte Interamericana, la cual cuenta entre sus atribuciones el dictado de medidas provisionales.[14] La institucionalización de las medidas cautelares se encuentra también en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –que entró en vigor en marzo de 1996–, la cual incluye en su artículo XIII una referencia a las mismas en los siguientes términos:

> Para los efectos de la presente Convención el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

Aunque el artículo 25 del Reglamento de la Comisión IDH no identifica requisitos excluyentes para solicitar medidas cautelares, el inciso cuarto establece una serie de elementos que la Comisión tendrá en cuenta a la hora de decidir sobre su concesión; a saber: la gravedad y urgencia de la situación, el contexto en que se dan los hechos que motivan la solicitud, la inminencia del daño y que la situación de riesgo haya sido denunciada ante las autoridades pertinentes o los motivos que impidieron que eso sucediera. En el *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas* (2011) –así como en la Primera edición de 2006– la Comisión Interamericana señala cuál ha sido el alcance de la *interpretación* que ha hecho de tales criterios para los casos que involucran a defensores/as de derechos humanos. Por ejemplo, para valorar la *gravedad* la Comisión IDH ha tomado en consideración aspectos contextuales como:

> a) el tenor de las amenazas recibidas (mensajes orales, escritos, simbólicos etc.); b) los antecedentes de actos de agresión contra personas similarmente situadas; c) los actos de agresión directa que se hubieren perpetrado contra el posible beneficiario; d) el incremento en las amenazas que demuestra la necesidad de actuar en forma preventiva y e) elementos tales como la apología e incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas.

---

[12] CADH. Artículo 63.2.

[13] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. 2011. Pág. 197, párr. 419.

[14] Véase supra nota 26.

Asimismo, respecto al carácter de *urgencia* la Comisión señaló que “el riesgo o amenaza involucrados deben ser inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata, en forma tal que en el análisis de este aspecto corresponde valorar la oportunidad y la temporalidad de la intervención cautelar o tutelar solicitada”[15] (párr. 391). Por último, en cuanto a la *irreparabilidad del daño*, la Comisión IDH determinó que “es necesario que en los hechos que fundamentan la solicitud se advierta una probabilidad razonable de que se materialice y el daño no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables”[16] (párr. 394).

En cuanto a las formalidades, el trámite de solicitud de medidas cautelares puede iniciarse a petición de parte o de oficio. En relación con los potenciales beneficiarios de la protección cautelar se establece que cuando la solicitud sea presentada por un tercero deberá incluir la expresa conformidad de los mismos o, en su defecto, justificar la ausencia de consentimiento. El artículo refiere específicamente al caso de *medidas de naturaleza colectiva* precisando una práctica que ya existía y requiriendo la “determinación” del grupo.

En tal sentido, ante la denuncia de un patrón de violencia sexual y una serie de actos de violencia en contra de mujeres y niñas, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares a favor de todas las mujeres y niñas desplazadas en 22 campamentos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití, producto del terremoto ocurrido el 12 de enero de 2010. Entre otras medidas, la Comisión solicitó al Estado asegurar la disponibilidad de adecuados servicios médicos y psicológicos para las víctimas de violencia sexual en lugares que sean accesibles a las solicitantes; proveer seguridad adecuada en los campamentos de desplazados internos –incluyendo iluminación pública, patrullaje adecuado en los alrededores e interior de los campamentos y aumento de mujeres policías en los patrullajes y en las estaciones de policía cercanas– y asegurar que los grupos de base de mujeres tengan plena participación y liderazgo en la planeación y ejecución de políticas y prácticas encaminadas a combatir y prevenir la violación y otras formas de violencia sexual en los campamentos.[17] De igual modo, la Comisión IDH ordenó medidas colectivas a favor de los miembros de 18 comunidades del pueblo indígena maya en Guatemala a las que identificó por su nombre y respecto de las cuales se alegaba que estaban siendo afectadas por el inicio de explotación de una concesión minera, no habiendo sido tampoco consultadas en forma previa, plena, libre e informada, con graves consecuencias para la vida, la integridad personal, el medio ambiente y los bienes del pueblo indígena afectado.[18]

En otro sentido, se prevé que la Comisión IDH requiera a las partes *información* relevante a lo largo de todo el proceso. Por último, cabe mencionar que el Reglamento establece la posibilidad de que la Comisión evalúe en forma periódica la situación que motivó la concesión de medidas cautelares a efectos de resolver sobre la vigencia de las mismas (inciso 6) y señala que para todos los casos: *“[e]l otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables”* (inciso 9).

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013 modifica el instituto de las medidas cautelares en varios puntos en los siguientes términos:

---

15 Corte IDH. *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros.* Medidas Provisionales respecto de Panamá. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, Considerando noveno.

16 Corte IDH. *Asunto Internado Judicial de Monagas* (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II. Solicitud de medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, Considerando tercero.

17 MC 340/10. Mujeres y niñas residentes en 22 campos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití. Otorgadas el 22 de diciembre de 2010.

18 MC 260/07. Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala. Otorgadas el 20 de mayo de 2010.

1. En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.
2. En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.
3. Las medidas a las que se refieren los incisos 1 y 2 anteriores podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.
4. La Comisión considerará la gravedad y urgencia de la situación, su contexto, y la inminencia del daño en cuestión al decidir sobre si corresponde solicitar a un Estado la adopción de medidas cautelares. La Comisión también tendrá en cuenta:

   a) si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;

   b) la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen; y

   c) la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios cuando la solicitud sea presentada a la Comisión por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.
5. Antes de solicitar medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de las medidas.
6. La Comisión evaluará con periodicidad la pertinencia de mantener la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.
7. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto la solicitud de adopción de medidas cautelares. La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios o sus representantes antes de decidir sobre la petición del Estado. La presentación de dicha petición no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.
8. La Comisión podrá requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares. El incumplimiento sustancial de los beneficiarios o sus representantes con estos requerimientos, podrá ser considerado como causal para que la Comisión deje sin efecto la solicitud al Estado de adoptar medidas cautelares. Respecto de medidas cautelares de naturaleza colectiva, la Comisión podrá establecer otros mecanismos apropiados para su seguimiento y revisión periódica.
9. El otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables.

De este modo, la reforma incorpora criterios para la definición de “gravedad” y “urgencia” en relación con la situación que motiva la solicitud de medidas, así como para la significación del “daño irreparable». Aunque suprime la referencia explícita a la «naturaleza colectiva» de las medidas, mantiene su capacidad para la protección de «grupos de personas» siempre que puedan resultar «determinadas» o «determinables» conservando la referencia al vínculo con grupos, organizaciones o comunidades, e incorporando la relación con «pueblos».

En materia de procedimiento, la reforma establece como criterio general la solicitud de información al Estado involucrado previo a la decisión sobre la concesión o no de medidas cautelares y establece como excepción a este principio “la inmediatez del daño potencial”. En este último supuesto, la Comisión

IDH deberá revisar la decisión tomada a la luz de la información aportada por las partes, lo más pronto posible, fijando como plazo máximo la celebración del siguiente período de audiencias.

Adicionalmente, establece en los incisos 6 y 7 los criterios para la consideración de las solicitudes y fija contenidos mínimos a la resolución de la Comisión IDH. Asimismo, establece una pauta de revisión periódica de las medidas cautelares vigentes (inciso 9), y determina (incisos 12 y 13) la relación entre medidas cautelares vigentes y la solicitud de medidas provisionales ante la Corte IDH.

VII. Informe anual

Por último, el *artículo 41.g de la CADH* dispone que la Comisión Interamericana tiene, entre sus funciones, la de “rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”. El artículo 19.f del Estatuto de la Comisión añade que debe tenerse en cuenta “el régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes”.

Por su parte, el artículo 59.1 del Reglamento de la Comisión IDH establece que el *contenido* de dicho informe debe consistir en:

a) un análisis sobre la situación de los derechos humanos en el hemisferio, junto con las recomendaciones a los Estados y órganos de la OEA sobre las medidas necesarias para fortalecer el respeto de los derechos humanos.

b) una breve relación sobre el origen, bases jurídicas, estructura y fines de la Comisión, así como del estado de las ratificaciones de la Convención Americana y de los demás instrumentos aplicables;

c) una información resumida de los mandatos y recomendaciones conferidos a la Comisión por la Asamblea General y por los otros órganos competentes; y sobre la ejecución de tales mandatos y recomendaciones;

d) una lista de los períodos de sesiones celebrados durante el lapso cubierto por el informe y de otras actividades desarrolladas por la Comisión para el cumplimiento de sus fines, objetivos y mandatos;

e) un resumen de las actividades de cooperación desarrolladas por la Comisión con otros órganos de la OEA, así como con organismos regionales o universales de la misma índole y los resultados logrados;

f) Los informes sobre peticiones y casos individuales cuya publicación haya sido aprobada por la Comisión, así como una relación de las medidas cautelares otorgadas y extendidas, y de las actividades desarrolladas ante la Corte Interamericana;

g) una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos aplicables;

h) los informes generales o especiales que la Comisión considere necesarios sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y, en su caso, informes de seguimiento, destacándose los progresos alcanzados y las dificultades que han existido para la efectiva observancia de los derechos humanos;

i) toda otra información, observación o recomendación que la Comisión considere conveniente someter a la Asamblea General, así como cualquier nueva actividad o proyecto que implique un gasto adicional.

Esta es una función en principio convencional, la cual fue posteriormente incorporada en el Estatuto de la Comisión de 1979 y reglamentada por primera vez en su Reglamento de 1980.

La sección más controvertida del Informe Anual es el *capítulo IV*, en el que de acuerdo con la competencia que le asigna el artículo 59.1.h de su Reglamento, la Comisión IDH observa el desarrollo

de los derechos humanos en la región a través de la revisión de la situación particular en algunos Estados miembros. La Comisión se ha ocupado de hacer estos *Informes Generales de la situación de derechos humanos en un País* desde la entrada en vigor de la CADH.

Durante casi 20 años los parámetros no fueron claros y esa situación generaba escozor en los Estados. En 1995 la Comisión IDH decidió suspender esa práctica por un año, a los efectos de revisarla en períodos de sesiones extraordinarias. Luego de dicho proceso reflexivo, en el Informe Anual de 1996 la Comisión IDH expuso cuatro criterios preestablecidos –a los cuales sumó un quinto en 1997- para identificar los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos considera que merecen especial atención.

Los *criterios de selección* que hasta hoy siguen rigiendo la inclusión y exclusión de los Estados miembros en el capítulo IV del Informe Anual de la Comisión son:

1. El primer criterio corresponde a aquellos casos de *Estados regidos por gobiernos que no han llegado al poder mediante elecciones populares, por el voto secreto, genuino, periódico y libre, según normas y principios internacionalmente aceptados.* La Comisión insiste en el carácter esencial de la democracia representativa y de sus mecanismos como medio para lograr el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos. En cuanto a los Estados en los que no se observan los derechos políticos consagrados en la Declaración Americana y la Convención Americana, la Comisión cumple con su deber de informar a los demás Estados miembros de la OEA de la situación de los derechos humanos de sus habitantes.
2. El segundo criterio se relaciona con los Estados donde el *libre ejercicio de los derechos consignados en la Convención Americana o la Declaración Americana ha sido en efecto suspendido, en su totalidad o en parte,* en virtud de la imposición de medidas excepcionales, tales como el estado de emergencia, el estado de sitio, suspensión de garantías, o medidas excepcionales de seguridad, entre otras.
3. El tercer criterio, que podría justificar la inclusión en este capítulo de un Estado en particular, tiene aplicación cuando existen *pruebas fehacientes de que un Estado comete violaciones masivas y graves de los derechos humanos garantizados en la Convención Americana, la Declaración Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables.* La Comisión destaca en tal sentido los derechos fundamentales que no pueden suspenderse, por lo que considera con especial preocupación las violaciones tales como ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada. Por lo tanto, cuando la CIDH recibe comunicaciones dignas de crédito que denuncian tales violaciones por un Estado en particular, violaciones de las que dan testimonio o corroboran los informes o conclusiones de otros organismos intergubernamentales y/u organizaciones nacionales e internacionales de seria reputación en materia de derechos humanos, considera que tiene el deber de llevar tales situaciones al conocimiento de la OEA y de sus Estados miembros.
4. El cuarto criterio se refiere a los Estados que se encuentran en un *proceso de transición* de cualquiera de las tres situaciones arriba mencionadas.
5. El quinto criterio se refiere a situaciones coyunturales o estructurales, que estén presentes en Estados que por diversas razones enfrenten situaciones que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Este criterio incluye, por ejemplo: situaciones graves de violencia que dificultan el funcionamiento adecuado del Estado de Derecho; graves crisis institucionales; procesos de reforma institucional con graves incidencias negativas para los derechos humanos; u omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales.

Desde la definición de los criterios mencionados, la inclusión de Cuba ha sido una constante, así como lo ha sido la de Colombia desde el año 2000 en adelante. Venezuela y Haití han sido incluidos muy frecuentemente desde aquel entonces; seguidos por Ecuador, Honduras, Guatemala, Paraguay y Perú en casos más puntuales.

La Asamblea General de la OEA adopta anualmente en su período ordinario de sesiones las observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Comisión IDH que hacen los Estados en el Consejo Permanente.

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013 modificó el contenido y forma del Informe Anual de la Comisión IDH, estableciendo dos volúmenes e incorporando criterios específicos para la elaboración del Capítulo IV del Volumen 2 dedicado a brindar un panorama anual sobre la situación de derechos humanos en el hemisferio, y los informes especiales sobre aquellos Estados cuya situación de derechos humanos la Comisión IDH considere que debe darse seguimiento.El nuevo artículo 59 del Reglamento establece que:

1. El Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la Organización tendrá dos volúmenes.

2. El primer volumen incluirá lo siguiente:

a) Una introducción con el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados en la Declaración Americana, la Convención Americana y los demás instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos, así como el estado de ratificación de éstos; la relación del origen, bases jurídicas, estructura y fines de la Comisión; y los mandatos conferidos a la Comisión por los instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos, por la Asamblea General de la Organización y por otros órganos competentes.

b) En el Capítulo I,

i. una lista de los períodos de sesiones celebrados durante el lapso cubierto por el informe, y de otras actividades desarrolladas por la Comisión para el cumplimiento de sus fines, objetivos y mandatos; y

ii. un resumen de las actividades desarrolladas por la Comisión con la Corte, otros órganos de la OEA, y organismos regionales o universales de la misma índole, así como los resultados logrados.

c) En el Capítulo II, una relación del sistema de peticiones y casos, que particularice:

i. la información sobre las peticiones en estudio inicial;

ii. las peticiones declaradas admisibles e inadmisibles y los informes respectivos;

iii. los informes de fondo emitidos;

iv. las soluciones amistosas homologadas;

vi. los informes de archivo adoptados;

vii. las medidas cautelares otorgadas; y

viii. el estado del cumplimiento de las recomendaciones en casos individuales.

d) En el Capítulo III, una relación de las actividades de las Relatorías, Relatorías Especiales y Unidades Temáticas, incluyendo una referencia a cada uno de los informes producidos por ellas, así como a otras actividades de promoción.

e) En el Capítulo IV,

i.la sección "A", un panorama anual sobre la situación de los derechos humanos en el hemisferio, derivado de la labor de monitoreo de la Comisión, destacando las principales tendencias, problemas, desafíos, avances y buenas prácticas respecto tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales; y

ii. la sección "B", los informes especiales que la Comisión considere necesarios sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros conforme a los criterios, metodología y procedimiento a los que hacen referencia los incisos siguientes.

f) En el Capítulo V, informes de seguimiento, en los que se destacarán los progresos alcanzados y las dificultades para la efectiva observancia de los derechos humanos.

g) En el Capítulo VI, una reseña de las actividades de desarrollo institucional, incluyendo información sobre los recursos financieros y la ejecución del presupuesto de la Comisión.

3. En un segundo volumen de su Informe Anual, la Comisión incorporará los informes de país, temáticos o regionales producidos o publicados durante el año, incluyendo los de Relatorías, Relatorías Especiales y Unidades Temáticas.

4. La Comisión aplicará las reglas establecidas en los incisos 5 a 9 de este artículo en la preparación de los Capítulos IV y V de su Informe Anual en el ejercicio de su mandato de promover y proteger los derechos humanos y, en particular, de su deber de informar a los Estados Miembros de la OEA sobre la situación de los derechos humanos que pueden requerir una respuesta por parte de los órganos políticos y la atención prioritaria de la Comisión.

5. La Comisión utilizará información confiable y convincente obtenida de las siguientes fuentes:

a) actos oficiales del Estado, en todos los niveles y en cualquiera de sus ramas, incluyendo enmiendas constitucionales, legislación, decretos, decisiones judiciales, pronunciamientos de política, comunicaciones oficiales a la Comisión y a otros órganos de derechos humanos, así como cualquier otro pronunciamiento o acción atribuible al Estado;

b) información disponible en los casos, peticiones y medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano, así como información sobre el cumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones de la Comisión y sentencias de la Corte Interamericana;

c) información obtenida en visitas *in loco* de la Comisión Interamericana, sus Relatores, y sus funcionarios;

d) información obtenida mediante audiencias públicas celebradas por la Comisión Interamericana durante sus sesiones;

e) conclusiones de otros órganos internacionales de derechos humanos, incluyendo los órganos de tratados, Relatores, grupos de trabajo, el Consejo de Derechos Humanos y otros órganos y agencias especializadas de la Organización de las Naciones Unidas;

f) informes de derechos humanos de gobiernos y de órganos regionales;

g) informes de organizaciones de la sociedad civil e información presentada por éstas y por particulares; e

h) información pública ampliamente diseminada en los medios de comunicación.

6. Los criterios para la inclusión de un Estado Miembro en el Capítulo IV.B del Informe Anual son los siguientes:

a) Una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, que son medios esenciales para la realización de los derechos humanos, entre ellos:

i. si hubiera acceso discriminatorio o un ejercicio abusivo del poder que socave o contraríe el Estado de Derecho, tales como la infracción sistemática de la independencia del Poder Judicial o la falta de subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida;

ii. si se hubiera producido una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático; o

iii. cuando un gobierno democráticamente constituido fuera derrocado por la fuerza o el gobierno actual haya llegado al poder por otros medios distintos a las elecciones libres, justas y basadas en

el sufragio universal y secreto, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas y los principios recogidos en la Carta Democrática Interamericana.

b) La suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Declaración Americana o la Convención Americana, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la declaratoria de un estado de emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad.

c) La comisión, por parte de un Estado, de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos garantizados en la Declaración Americana, la Convención Americana, o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables.

d) La presencia de otras situaciones estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Americana, la Convención Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables. Entre otros factores a ponderar, estarán los siguientes:

i. graves crisis institucionales que infrinjan el disfrute de derechos humanos;

ii. incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir la impunidad, atribuible a una falta de voluntad manifiesta;

iii. omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales o para cumplir las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana; y

iv. violaciones sistemáticas de derechos humanos atribuibles al Estado en el marco de un conflicto armado interno.

7. La decisión sobre los países específicos a incluir en el Capítulo IV.B será adoptada por la Comisión cada año de conformidad con el quórum especial previsto en el artículo 18 del presente Reglamento. La inclusión de un Estado en dicho capítulo un determinado año no crea una presunción para su inclusión en el mismo en el año siguiente. Cuando la Comisión reciba del Estado concernido información que conduzca a la conclusión de que han sido superadas las condiciones que motivaron su inclusión, no lo incluirá en el mismo, salvo que nuevas razones así lo exijan.

8. Cuando un Estado incluido en el Capítulo IV.B del Informe Anual haya sido objeto de una visita in loco, no se le incorporará en dicho capítulo del Informe Anual correspondiente al año de la visita. El monitoreo de la situación de los derechos humanos de ese año en dicho Estado se realizará a través del informe de país preparado en relación con la visita in loco. Una vez que el informe de país haya sido publicado, la Comisión dará seguimiento al cumplimiento de las respectivas recomendaciones a través del Capítulo V de su Informe Anual. Con posterioridad, la Comisión decidirá, de conformidad con el presente Reglamento, si el monitoreo de la situación de los derechos humanos en el respectivo país debe ser incluido en alguno de los capítulos mencionados del Informe Anual.

9. A través del Capítulo V de su Informe Anual, la Comisión dará seguimiento a las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los informes de país o temáticos, o en informes publicados previamente en el Capítulo IV.B.

10. En forma previa a la publicación en los Capítulos IV.B y V del Informe Anual, la Comisión transmitirá una copia preliminar al Estado respectivo. Éste podrá enviar a la Comisión una respuesta dentro del plazo máximo de un mes a partir de la transmisión del informe; esta respuesta estará disponible a través de un vínculo electrónico en la página de la Comisión, a menos que el Estado solicite lo contrario.

11. La Comisión incluirá en su Informe Anual cualquier otra información, observación o recomendación que considere pertinente someter a la Asamblea General.

Sección 3 - Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisible toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;

b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;

c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y

d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Normas y jurisprudencia más relevante

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informes y Resoluciones

CIDH. Resolución Nº 59/81. Caso 1.954. Uruguay. 16 de octubre de 1981.

CIDH. Resolución Nº 29/88. Caso 9260. Jamaica. 14 de setiembre de 1988.

CIDH. Informe Nº 10/91. Caso 10.169. *Banco de Lima*. Inadmisibilidad. Perú. 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe Nº 39/96. Caso 11.673. *Santiago Marzioni*. Argentina. 15 de octubre de 1996.

CIDH. Informe Nº 48/96. Caso 11.553. *Emérita Montoya González.* Costa Rica. 16 de octubre de 1996.

CIDH. Informe Nº 51/96. Caso 10.675. *Personas haitianas*. Estados Unidos. 13 de marzo de 1997.

CIDH. Informe Nº 47/97. *Tabacalera Boquerón S.A*. Paraguay. 16 de octubre de 1997.

CIDH. Informe Nº 8/98. Caso 11.671. *Carlos García Saccone*. Argentina. 2 de marzo de 1998.

CIDH. Informe Nº 28/98. Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de marzo de 1998.

CIDH. Informe Nº 39/99. *Petición MEVOPAL S.A*. Argentina. 11 de marzo de 1999.

CIDH. Informe Nº 60/99. Caso 11.516. *Ovelário Tames*. Brasil. 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe Nº 86/99. Caso 11.589. *Armando Alejandre Jr y otros*. Cuba. 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe Nº 03/01. Caso 11.670. *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros*. Argentina. 19 de enero de 2001.

CIDH. Informe Nº 51/02. Caso 12.404. *Janet Espinoza Feria y otras.* Perú. 10 de octubre de 2002.

CIDH. Informe Nº 11/07. Caso interestatal 01/06 Nicaragua vs. Costa Rica (PI-01). 8 de marzo de 2007.

CIDH. Informe Nº 12/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008.

CIDH. Informe Nº 40/08. Petición 270-07. Admisibilidad. *I.V.* Bolivia. 23 de julio de 2008.

CIDH. Informe Nº 48/08. Petición 515-01. Admisibilidad. *Mirey Trueba Arciniega*. México. 24 de julio de 2008.

CIDH. Caso 11.681. *Masacre de las Dos Erres.* Guatemala. Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la figura del Juez *Ad hoc*. 30 de julio de 2008.

CIDH. Informe Nº 92/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008.

CIDH. Informe Nº 20/09. Petición 235-00. Admisibilidad. *Agustín Zegarra Marín*. Perú de 19 de marzo de 2009.

CIDH. Informe Nº 76/09. Petición 1473-06. Admisibilidad. *Comunidad de la Oroya*. Perú. 5 de agosto de 2009.

CIDH. Informe Nº 12/10. Caso 12.106. Admisibilidad. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de marzo de 2010.

CIDH. Informe Nº 47/10. Petición 1325-05. Admisibilidad. *Masacre Estadero "El Aracatazzo"*. Colombia. 18 de marzo de 2010.

CIDH. Informe Nº 70/10. Petición 11.587. Admisibilidad. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Ecuador. 12 de julio de 2010.

CIDH. Informe Nº 112/10. Petición interestatal PI-02. Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina.* Ecuador vs. Colombia. 21 de octubre de 2010.

CIDH. Informe Nº 146/10. Petición 212-05. Admisibilidad. *Manuel Santiz Culebra y otros (Masacre de Acteal)*. México. 1 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. *Caso Cayara vs. Perú.* Excepciones preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Voto concurrente del Juez Cançado Trindade.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Excepciones preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos.* Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009.

Otras resoluciones

Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras.* Costa Rica. Decisión del 13 de noviembre de 1981.

Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri*. Perú. Resolución de 18 de noviembre de 2002.

Artículos y publicaciones académicos

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos,* en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José, Costa Rica. 1998.

Center for Justice and International Law (CEJIL). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Documento de coyuntura Nº 5. Buenos Aires, Argentina: CEJIL, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2008.

Índice

I. El acceso al sistema de peticiones individuales

1. Introducción

El artículo 44 de la Convención Americana establece las bases sobre las que se ha dado forma al acceso al sistema de peticiones individuales. Se reconoce una relevancia central del mismo en el diseño del sistema de protección interamericana de derechos humanos, ya que el cumplimiento de esta norma es imprescindible para garantizar el ejercicio de los otros derechos amparados por la Convención. De este modo se genera al Estado la obligación de permitir el ejercicio de este derecho sin obstaculizarlo.[1]

La Comisión Interamericana es la puerta de acceso para los individuos que buscan protección y justicia en el sistema regional. Éste es el primer órgano al que debe dirigirse una denuncia de violación a los derechos enunciados en la CADH. En el marco de las pautas definidas por el artículo 44 y de principios de derecho internacional, la Comisión hace un análisis sobre los distintos aspectos de su competencia para conocer de una petición.

[1] *Cfr.* Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3era edición. San José, CR: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004. Pág. 232.

2. Competencia ratione personae

a. Respecto de quien presenta la petición

La Convención Americana legitima para presentar denuncias ante la Comisión a cualquier persona o grupo de ellas o entidad no gubernamental reconocida legalmente en por lo menos un Estado miembro de la OEA. Cabe destacar que tal *amplitud del locus standi* es una característica positivamente distintiva del sistema interamericano. Quienes están facultados para presentar peticiones individuales pueden hacerlo tanto en su propio nombre como en el de terceras personas; mientras que, por ejemplo, el sistema europeo de derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sólo reconocen el acceso a las víctimas o sus representantes.

El texto convencional no exige que quien peticione ante la Comisión lo haga en representación de la víctima, ni tampoco que cuente con su consentimiento. Es decir, *no es un requisito la existencia de vínculo alguno entre peticionario y víctima.* Así lo declaró la Comisión en un caso contra Uruguay en que el Estado solicitó la reconsideración de la Resolución Nº 17/81 del 6 de marzo de 1981, en la que la Comisión IDH había declarado la responsabilidad de la República Oriental del Uruguay[2] por la violación del artículo I de la DADDH, argumentando que la víctima nunca había prestado su consentimiento para que el caso fuera denunciado ante la Comisión.

El artículo 23 del Reglamento de la Comisión IDH dispone que "[e]l peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u otra persona para representarlo ante la Comisión".

La interpretación de la palabra *"entidad"* en el marco del artículo 44 de la CADH podría haber generado limitaciones en el avance de las denuncias pero, en la práctica, el alcance del criterio a partir del cual la Comisión lo ha definido ha sido muy amplio. En un caso contra Argentina presentado por una persona jurídica de carácter privado constituida legalmente –una sociedad anónima– la Comisión la consideró facultada para dirigir comunicaciones contra un Estado parte de la Convención debido a que podía asimilarse a la noción de "entidad no gubernamental legalmente reconocida" referida en el texto convencional.[3] En otras ocasiones, la Comisión ha superado eventuales dificultades para verificar la existencia formal de una entidad considerando que su presentación satisface el requerimiento de "grupo de personas" incluido en el mismo artículo convencional. En tal sentido, la Corte IDH ha dicho que:

> (…) [E]s claro que el artículo 44 de la Convención permite que cualquier grupo de personas formule denuncias o quejas por violación de los derechos consagrados por la Convención. Esta amplia facultad de denuncia es un rasgo característico del sistema de protección internacional de los derechos humanos. En el caso que nos ocupa, los promoventes son un "grupo de personas", y por lo tanto, satisfacen una de las hipótesis previstas, para fines de legitimación, en el citado artículo 44. La evidente acreditación de esta circunstancia hace innecesario analizar el registro de FASIC y la relación que con dicha fundación guardan o dicen guardar quienes se ostentan como sus representantes. Esta consideración se fortalece si se recuerda que, como ha manifestado la Corte en otras ocasiones, las formalidades características de ciertas ramas del derecho interno no rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos derechos.[4]

Por su parte, el artículo 24 del Reglamento de la Comisión reconoce la posibilidad de que ésta inicie *motu proprio* el trámite de una petición si considera que una situación que ha llegado a su conocimiento reúne los requisitos necesarios para ello. Sin embargo, no es habitual que la Comisión IDH ejerza esa facultad.

---

2 CIDH. Resolución Nº 59/81. Caso 1954. Uruguay. 16 de octubre de 1981. Considerando 2.

3 CIDH. Informe Nº 39/99. Petición MEVOPAL S.A. Argentina. 11 de marzo de 1999. Párr. 12.

4 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Excepciones preliminares. Párr. 77.

Finalmente, el Juez Cançado Trindade ha rescatado la importancia de la amplitud del *locus standi* reconocido en la Convención diciendo que:

> 26. (…) Fue éste [el derecho de petición individual] uno de los grandes avances logrados por la Convención Americana, en los planos tanto conceptual y normativo, así como operativo. No se justificaría, pues, que, transcurridos veinte años de operación de nuestra Convención regional, se admitiera circundar de restricciones el amplio alcance de la *legitimatio ad causam*, por parte de cualquier persona, bajo el artículo 44 de la Convención Americana. (…)
>
> 27. Hay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual *vis â vis* el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí mismo. Lo cual no significa que él estaría privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos.
>
> 28. Pero la Convención Americana va mas allá: la *legitimatio ad causam*, que extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir aún de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (v.g., detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa.[5]

b. Respecto de quien es identificado como presunta víctima

La mencionada amplitud del sistema interamericano en el sentido de que quien peticiona no precisa sostener también su condición de víctima de una violación a un derecho, *no significa que el sistema admita peticiones in abstracto.* Al respecto, la Comisión Interamericana ha resuelto que:

> Un individuo no puede instituir un *actio popularis* e impugnar una ley sin establecer cierta legitimación activa que justifique su recurso a la Comisión. La peticionaria debe presentarse como víctima de una violación de la Convención o debe comparecer ante la Comisión como representante de una víctima putativa de una violación de la Convención por un Estado Parte. No basta que una peticionaria sostenga que la mera existencia de una ley viola los derechos que le otorga la Convención Americana, sino que es necesario que dicha ley haya sido aplicada en su detrimento. Si la peticionaria no establece una legitimación activa, la Comisión debe declarar su incompetencia *ratione personae* para entender en la materia.[6]

El artículo 1 de la Convención Americana establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos y libertades a "toda persona que esté sujeta a su jurisdicción", definiendo –a continuación– que "persona es todo ser humano". De allí que quien sea identificado como presunta víctima en una petición debe ser una *persona física.*

La jurisprudencia ha marcado algunas líneas de interpretación respecto de este requisito. En una denuncia contra Perú la Comisión declaró inadmisible una petición interpuesta por 105 accionistas del Banco de Lima, quienes –aunque se identificaron individualmente– alegaron que los actos denunciados afectaban los derechos del Banco y no los derechos individuales de propiedad entendiendo que, de conformidad con el Preámbulo de la CADH y la definición de persona establecida en el artículo 1.2 del mismo instrumento, *el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se limita a la protección de personas naturales excluyendo a las personas jurídicas.*[7]

---

[5] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Excepciones preliminares. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. Párr. 26 y ss.

[6] CIDH. Informe Nº 48/96. Caso 11.553. Sobre admisibilidad. Costa Rica. 16 de octubre de 1996. Párr. 28.

[7] CIDH. Informe Nº 10/91. Caso 10.169. Banco de Lima. Inadmisibilidad. Perú. 22 de febrero de 1991.

En el mismo sentido, y en relación con una presunta violación al derecho a la propiedad en el marco de una disputa por el derecho al uso de una marca, la Comisión dijo que:

> [L]a protección otorgada por el sistema interamericano de derechos humanos se limita sólo a las personas naturales, quedando fuera las personas jurídicas, por lo que Tabacalera Boquerón S.A., como persona jurídica no puede ser una "víctima" de violación de derechos humanos en el sistema interamericano, ya que aquéllas no se encuentran protegidas por la Convención […]
>
> Si bien es cierto que en el presente caso no estamos frente a una institución bancaria, no es menos cierto que ambas son sociedades anónimas, vale decir personas jurídicas, y en el caso en cuestión, la directamente afectada con las resoluciones judiciales fue siempre Tabacalera Boquerón S.A., quien sufriera un "perjuicio patrimonial"; en los juicios internos jamás se señaló a los accionistas como víctimas de violación alguna a sus derechos, jamás se ejerció acción alguna para proteger sus derechos, por lo que […], lo que está en discusión no son los derechos individuales de propiedad de los accionistas, sino los derechos comerciales y "patrimoniales" de Tabacalera Boquerón S.A., la que no se encuentra amparada por la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[8]

La Corte IDH también tuvo oportunidad de expedirse sobre este punto a propósito de la interposición de una excepción preliminar por parte de Argentina en el *Caso Cantos*, en la que el Estado sostenía que la Convención Americana no era aplicable a personas jurídicas y, por tanto, sus cláusulas no protegían a las empresas del Sr. Cantos. En su decisión la Corte diferenció los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa en sí misma, haciendo notar que:

> 27. En general, los derechos y obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen y que actúa en su nombre o representación.
>
> […]
>
> 29. (…) [E]sto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema de Derecho.[9]

En el caso la Corte siguió adelante con el curso del trámite al comprobar que los trámites judiciales y los recursos internos presentados habían sido hechos por el Sr. Cantos "por derecho propio y en nombre de sus empresas".

c. Respecto del Estado denunciado

Para comprender el alcance de la competencia de la Comisión en relación con los Estados que pueden ser denunciados por violaciones a derechos protegidos por el derecho interamericano, es necesario vincular el texto del artículo con lo dispuesto por el Estatuto en el ya citado artículo 20.b respecto de aquellos Estados que siendo miembros de la OEA no son parte de la Convención Americana.

El Reglamento de la Comisión IDH ordena el tema en su artículo 23 y dedica el Capítulo III a las peticiones referentes a Estados que no son partes en la Convención Americana, regulando en su artículo 51 la facultad de la Comisión para recibir y examinar peticiones que contengan denuncias a presuntas violaciones de derechos consagrados en la DADDH, y en el 52 la aplicación del procedimiento general con excepción de las normas que ordenan la remisión de casos a la Corte.

---

8 CIDH. Informe Nº 47/97. Tabacalera Boquerón S.A. Paraguay. 16 de octubre de 1997. Párrs. 25 y 27.

9 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001.

3. Competencia rationae materiae

La Comisión IDH sólo puede examinar peticiones que contengan violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana o alguno de los instrumentos interamericanos vigentes.

El *artículo 23 de su Reglamento* completa el alcance de la competencia material explicitando cada uno de los instrumentos del derecho interamericano cuya violación habilita la presentación de peticiones ante la Comisión IDH –en los propios términos que el respectivo instrumento establezca y de conformidad con el Estatuto y el Reglamento–, a saber: la DADDH, la CADH, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la CIPST, la CIDFP, y la Convención de Belem do Pará.

En este punto es importante verificar si el Estado denunciado hubiera formulado alguna *reserva legítima* relacionada con el derecho cuya violación se denuncia. La CADH establece en su artículo 75 que el régimen aplicable a las reservas se regirá por lo establecido en la CVDT y en su artículo 29 -una norma que rechaza que la Convención Americana sea interpretada de modo de limitar al goce y ejercicio de derechos reconocidos por otra Convención de la que el Estado sea parte.

4. Competencia ratione temporis

Por el *principio de irretroactividad*, la Comisión sólo pueda conocer respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del instrumento cuya violación se denuncia respecto del Estado a quien se imputa la responsabilidad de la misma.

Por otra parte, el momento en que el Estado parte *denuncia la Convención* marca el fin de la competencia de la CIDH respecto de peticiones que se relacionen con el referido Estado. La Convención establece en su artículo 78 algunas condiciones para la denuncia. Hasta hoy, Trinidad y Tobago y Venezuela han denunciado la CADH, el primero el 26 de mayo de 1998, y el segundo el 6 de septiembre de 2012. En consecuencia, fue parte de la Convención y aceptó la competencia obligatoria de la Corte entre el 28 de mayo de 1991 y el 26 de mayo de 1999.

La Comisión IDH ha tenido ocasión de resolver la aplicación consecuente de la DADDH y la CADH, en los siguientes términos:

> 41. La Comisión considera que una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. (…)
>
> 42. Sin embargo, el derecho a la salud y al bienestar (articulo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la Declaración, no se encuentran protegidos de manera específica por la Convención. La Comisión considera que esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención "ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Por tanto, la Comisión examinará estos alegatos de los peticionarios sobre violaciones de la Declaración.[10]

Asimismo, la Comisión se ha reconocido competente para revisar peticiones que alegan violaciones a la Convención cuyo principio de ejecución sea anterior a la entrada en vigor de dicho instrumento para el Estado parte, pero que se trate de un *delito continuado* –como es el caso de la desaparición forzada o la negación de justicia–. En ese sentido, en un caso contra Brasil en el que se alegaban violaciones

[10] CIDH. Informe Nº 03/01. Caso 11.670. Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros. Argentina. 19 de enero de 2001.

anteriores a la ratificación por parte del Estado de la Convención Americana la Comisión IDH resolvió que:

> la Comisión tiene competencia *ratione temporis* para conocer y decidir del presente caso conforme a la Declaración, en relación con las violaciones alegadamente ocurridas antes de la ratificación de la Convención, así como conforme a la Convención en lo que se refiere a las actuaciones y procedimientos realizados por la justicia brasileña en tanto éstos puedan constituir una violación continuada de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.[11]

5. Competencia ratione loci

La Comisión sólo puede revisar denuncias de violaciones a la Convención que hayan tenido lugar en la jurisdicción de algún Estado parte. En sus decisiones la Comisión IDH reconoce la *extraterritorialidad de los deberes de protección* que tienen los Estados parte en el marco del artículo 1.1 de la Convención Americana, a través del cual:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[12]

Por ejemplo, la Comisión tuvo la oportunidad de desentrañar algunas complejidades sobre su competencia *ratione loci* en un caso contra Estados Unidos por la interdicción de balseros haitianos en alta mar y por su repatriación a Haití sin la concesión de audiencias para que puedan reclamar su condición de refugiados. En ese caso estableció la responsabilidad estatal por la práctica descrita, a la luz de la Declaración Americana y de instrumentos del derecho internacional de los refugiados.[13] Por otro lado, como mencionaremos más adelante en el análisis del artículo 45, la Comisión IDH también pudo pronunciarse sobre su competencia *ratione loci* en relación a las comunicaciones interestatales en un caso en que Ecuador denunció a Colombia.

6. El Fondo de Asistencia Legal del SIDH

En junio de 2008 la Asamblea General de la OEA –a través de la Resolución AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08)– dispuso la *creación del Fondo de Asistencia Legal* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (FAL), destinado a facilitar el acceso al sistema de las personas que no cuenten con los recursos necesarios y constituido por contribuciones voluntarias de los Estados miembros de la OEA. El FAL se administrará con dos cuentas separadas: una para la Comisión Interamericana y otra para la Corte Interamericana.

El 11 de noviembre de 2009 el pleno del Consejo Permanente de la OEA aprobó por Resolución CP/RES. 963 (1728/09) el Reglamento para el Funcionamiento del FAL que recoge los lineamientos generales dados por la Asamblea General y establece que la aprobación de la asistencia legal será determinada por la Corte y la Comisión, según corresponda y de acuerdo a sus propios Reglamentos. La Corte aprobó su Reglamento para el funcionamiento del FAL en febrero de 2010, el cual entró en vigor el 1 de junio del mismo año.

Por su parte, en marzo de 2011 entró en vigor el *Reglamento de la Comisión Interamericana* que regular el Fondo de Asistencia Legal en el seno de dicho órgano. La CIDH dispone que la asistencia podrá concederse a denuncias con admisibilidad o en las que se haya decidido y comunicado la acumulación

---

[11] CIDH. Informe Nº 60/99. Caso 11.516. Ovelário Tames. Brasil. 13 de abril de 1999. Párr. 28.

[12] El resaltado es propio.

[13] CIDH. Informe Nº 51/96. Caso 10.675. Personas haitianas. Estados Unidos. 13 de marzo de 1997.

del análisis de admisibilidad con el fondo del asunto. Sólo podrán solicitarlo "aquellas personas que demuestren la carencia de recursos suficientes para cubrir total o parcialmente gastos" (artículo 3) para la recolección y remisión de documentos probatorios, la comparecencia de víctimas, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión, y "otros gastos que la Comisión estime pertinentes para el procesamiento de una petición o de un caso" (artículo 4). La Comisión IDH "incluirá en las recomendaciones del informe sobre los méritos de una petición (…) la estimación de los gastos que hayan sido realizadas con cargo al Fondo de Asistencia Legal para que el Estado concernido disponga su reintegro a dicho Fondo" (artículo 9).

La decisión de concesión del beneficio está en manos de un *Consejo Directivo del Fondo* integrado por un/a representante de la Comisión y otro/a de la Secretaría General de la OEA.

II. Comunicaciones interestatales

1. Formalidades

El artículo 45 de la Convención Americana se ocupa de la facultad que se le otorga a la Comisión IDH para recibir y examinar comunicaciones interestatales en las "que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en [la] Convención". Los Estados interesados en reconocer formalmente esta competencia de la Comisión IDH deben hacerlo a través de una *declaración* a efectuarse "en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de [la] Convención, o en cualquier momento posterior" (párr. 1). En la misma declaración, los Estados pueden optar por hacer el reconocimiento por tiempo indefinido o limitarlo a un período determinado o para casos específicos (párr. 3).

Como requisito excluyente, la Comisión IDH sólo puede admitir comunicaciones interestatales bajo *condiciones de reciprocidad;* es decir, para aquellos casos en que ambos Estados afectados hayan reconocido esa competencia explícitamente (párr. 2). Sin embargo, el artículo 50 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que *todos los Estados partes de la Convención son susceptibles de ser denunciados:*

1. La comunicación presentada por un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ha aceptado la competencia de la Comisión para recibir y examinar tales comunicaciones contra otros Estados partes, será transmitida al Estado parte aludido, sea que éste haya aceptado o no la competencia de la Comisión. En caso de no haberla aceptado, la comunicación será transmitida a los efectos de que dicho Estado pueda ejercer su opción bajo el artículo 45, párr. 3, de la Convención, para reconocer esa competencia en el caso específico objeto de la comunicación.
2. Aceptada la competencia por el Estado aludido para conocer de la comunicación del otro Estado parte, el respectivo trámite se regirá por las disposiciones de este Capítulo II, en lo que le sean aplicables.

Hoy en día son once los *Estados americanos capaces de presentar comunicaciones interestatales:* Argentina (hizo su declaración el 5 de septiembre de 1984), Bolivia (el 27 de julio de 1993), Chile (el 21 de agosto de 1990), Colombia (el 21 de junio de 1985), Costa Rica (el 2 de julio de 1980), Ecuador (el 13 de agosto de 1984), Jamaica (el 7 de agosto de 1978), Nicaragua (el 6 de febrero de 2006), Perú (el 21 de enero de 1981), y Uruguay (el 19 de abril de 1985).

2. Casos

Existen *dos antecedentes de comunicaciones interestatales* presentadas y examinadas por la Comisión IDH.

En el primer caso, el 6 de febrero de 2006 el Estado de *Nicaragua* presentó una comunicación en la que alegaba que el Estado de *Costa Rica* había incumplido con su deber de brindar las debidas garantías de protección de los derechos humanos a la población migrante nicaragüense bajo su jurisdicción. Según se resolvió en el Informe Nº 11/07 del 8 de marzo de 2007,[14] *la petición fue declarada inadmisible* conforme a los artículos 46 de la Convención y 31 del Reglamento de la Comisión en ese entonces vigente. Aún así, este caso sirvió tanto para desmitificar la idea de que los Estados no se denuncian entre sí, como para desentrañar algunas cuestiones de admisibilidad propias de este tipo de comunicaciones y de su naturaleza diferenciada de las peticiones individuales.

Al momento de analizar su *competencia ratione personae*, la Comisión IDH se encontró con que la comunicación interestatal presentada contra el Estado de Costa Rica se refería no sólo a presuntas víctimas debidamente individualizadas, sino también a un conjunto de potenciales víctimas generalizadas como "población migrante nicaragüense en Costa Rica en situación de vulnerabilidad". La Comisión recordó su jurisprudencia respecto de los criterios de interpretación del artículo 44 de la CADH, donde requiere que "para que una petición sea admisible deben existir víctimas concretas, individualizadas y determinadas, o se refieran a un grupo de víctimas específico y definido compuesto de individuos determinables"[15] y pasó entonces a:

> 194. (…) analizar si el artículo 45 de la Convención Americana puede ser interpretado bajo los mismos criterios que el artículo 44, es decir, si las comunicaciones entre Estados al igual que las peticiones individuales deben individualizar las presuntas víctimas de una violación para que la comunicación sea admitida, o si, por el contrario, los Estados están facultados para presentar comunicaciones con el fin de asegurar la observancia de las obligaciones convencionales *erga omnes* partes, como un mecanismo de acción de garantía colectiva.

Finalmente, resolvió que:

> 195. Sobre el particular, la Comisión observa que la redacción de los artículos 44 y 45 de la Convención es similar pero no idéntica (…) La Comisión observa que el hecho de que para las peticiones presentadas conforme al artículo 44 la Convención se refiera a "denuncias o quejas de violación de esta Convención", mientras que para comunicaciones presentadas conforme al artículo 45 la Convención se refiera a alegaciones de "violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención", deja entrever una intención de que los Estados puedan poner en conocimiento de la CIDH no sólo situaciones que hayan afectando a víctimas individualizadas o determinables sino también situaciones generalizadas de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos.
>
> 196. Lo anterior no significa que los Estados puedan presentar ante la Comisión casos abstractos que no tengan por objeto proteger los derechos y libertades de personas protegidas por la Convención; significa únicamente que si un Estado Parte considera que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones generalizadas a los derechos humanos, puede acudir a la Comisión denunciando esta situación sin necesidad de individualizar a cada una de las posibles víctimas.
>
> […]
>
> 200. (…) la Comisión está llamada a interpretar el mecanismo consagrado en el artículo 45 de la Convención no como un derecho de un Estado con el propósito de exigir el cumplimiento de sus derechos o intereses particulares, sino con el propósito de generar la actuación de la Comisión sobre

---

[14] CIDH. Informe Nº 11/07. Caso interestatal 01/06 Nicaragua vs. Costa Rica (PI-01). 8 de marzo de 2007.

[15] *Op. cit.*, párr. 189. Sobre el desarrollo de la Comisión y la Corte Interamericana acerca del concepto de víctima véase por ejemplo: CIDH. Informe Nº 51/02. Caso 12.404. Janet Espinoza Feria y otras. Perú. 10 de octubre de 2002; CIDH. Informe Nº 48/96. Caso 11.553. Emérita Montoya González. Costa Rica. 16 de octubre de 1996; CIDH. Informe Nº 28/98. Caso 11.625. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 6 de marzo de 1998; y Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

> posibles violaciones al orden público regional. Es esta interpretación la que permite la realización del mecanismo de garantía colectiva que se encuentra previsto en el artículo 45.

Por su parte, a la hora de evaluar su *competencia ratione temporis,* la Comisión señaló que, a los efectos de garantizar el cumplimiento del requisito de reciprocidad propio de las comunicaciones entre Estados, debe considerarse que su competencia corre a partir del momento en que ambos Estados parte de la comunicación se encuentran sujetos a la misma a través del acto de reconocimiento por medio de la declaración correspondiente; es decir, desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento por parte del Estado involucrado que lo haya hecho en último lugar.[16]

En un segundo caso, el 11 de junio de 2009 el Estado de *Ecuador* denunció al Estado de *Colombia* alegando la violación de derechos humanos garantizados en una serie de artículos de la Convención Americana en perjuicio del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina por su presunta ejecución extrajudicial por parte de agentes de la fuerza pública de Colombia en el marco de una operación militar transfronteriza llevada a cabo el 1 de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano y conocida como "Operación Fénix".

Tal como se desprende del Informe Nº 112/10 del 21 de octubre de 2010[17] en el que *la petición fue declarada admisible,* en el análisis de su *competencia ratione loci,* la Comisión IDH debió responder a los cuestionamientos del Estado colombiano que sostenía que "al tener carácter territorial el concepto de jurisdicción consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la muerte del Sr. Aisalla, de nacionalidad ecuatoriana y ocurrida en Ecuador, no está sujeta a la jurisdicción del Estado colombiano".[18] En línea con otros organismos internacionales, la Comisión reafirmó la extraterritorialidad del ámbito de aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos y señaló que:

> 91. (…) los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y no se basan en su ciudadanía o ubicación. Bajo el derecho interamericano de los derechos humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio y de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes.[19]

En el presente caso, la Comisión consideró que tenía indicios suficientes para concluir que el Estado de Colombia había ejercido jurisdicción extraterritorial sobre la zona sujeta al ataque.

En cuanto a la *competencia ratione materiae,* para responder a los alegatos del Estado denunciado que enmarcaba los hechos de la "Operación Fénix" en el Derecho Internacional Humanitario (en adelante "DIH"), la Comisión IDH se ocupó de recordar que:

> 121. Por su complementariedad y el hecho de que ambas normativas se basan en los mismos principios y valores, el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH pueden influirse y reforzarse mutuamente (…)
>
> […]
>
> 123. La Comisión Interamericana está obligada por su Estatuto a examinar las denuncias que alegan la violación de un derecho protegido en el marco de la Convención o Declaración Americanas. El hecho de que la resolución de tal denuncia pueda requerir referencia a otro tratado no impide la

---

16 Supra nota 38, párrs. 215 y 216.

17 CIDH. Informe Nº 112/10. Petición interestatal PI-02. Admisibilidad. Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia. 21 de octubre de 2010.

18 *Op. cit.,* párr. 80.

19 CIDH. Informe Nº 86/99. Caso 11.589. Armando Alejandre Jr y otros. Cuba. 13 de abril de 1999.

> jurisdicción, y la Corte Interamericana ha respaldado la práctica de la Comisión de invocar "otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos" en sus resoluciones e informes.[20] (…)

Así es como se consideró competente en función de que en la presente comunicación interestatal se alegan violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

3. La designación de jueces/zas ad hoc en el sistema interamericano

El artículo 45 de la Convención Americana adquiere singular importancia en relación a una cuestión muy controvertida respecto del funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos como es el nombramiento de jueces/zas *ad hoc* en los casos ante la Corte Interamericana; el cual se rige por el artículo 55 de la CADH, el artículo 10 del Estatuto de la Corte y el artículo 20 del Reglamento de la Corte actualmente vigente (ex artículos 17, 18 o 19 en Reglamentos anteriores).

Desde las primeras sentencias, la Corte había adoptado la costumbre de permitir la designación de jueces/zas *ad hoc* en todos los casos bajo su conocimiento originados de *peticiones individuales*, cuando entre los/as magistrados/as de la Corte no hubiera alguno/a de la nacionalidad del Estado demandado. Esta práctica fue fuertemente cuestionada por diversos actores de la comunidad internacional que destacaban sus efectos adversos para la imparcialidad e independencia de la Corte, para la igualdad procesal en el litigio, y para la legitimidad de las decisiones del Tribunal. Tal ha sido la percepción de la propia Comisión Interamericana,[21] así como de las víctimas,[22] la doctrina[23] y organizaciones no gubernamentales.[24]

Una solicitud de opinión consultiva al respecto presentada por el Estado de Argentina le dio a la Corte IDH la oportunidad de revisar dicho procedimiento a la luz de la Convención Americana. En la *OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009*, el Tribunal terminó por resolver unánimemente:

> Que conforme al artículo 55.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *la posibilidad de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte Interamericana, de nombrar un juez ad hoc* para que integre este Tribunal cuando en el mismo no hubiere un juez de su nacionalidad, *se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales* (artículo 45 de dicho instrumento), y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado).[25]

Esta resolución produjo la modificación del artículo del Reglamento de la Corte referido a la figura de jueces/zas *ad hoc*, el que hoy se expresa con más precisión:

> Artículo 20. Jueces *ad hoc* en casos interestatales

---

[20] Corte IDH. "*Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 43.

[21] CIDH. Caso 11.681. Masacre de las Dos Erres. Guatemala. Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la figura del Juez Ad hoc, 30 de julio de 2008; Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Resolución de 18 de noviembre de 2002.

[22] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 6; Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri* (supra nota 55).

[23] Véase por ejemplo, Faúndez Ledesma, Héctor. "La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos", en El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José, Costa Rica. 1998. Pág. 195.

[24] Ver por ejemplo Center for Justice and International Law (CEJIL). Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documento de coyuntura Nº 5. Buenos Aires, Argentina: CEJIL, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2008.

[25] Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. El resaltado es propio.

1. Cuando se presente un caso previsto en el artículo 45 de la Convención, la Presidencia, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dicho artículo la posibilidad de designar un Juez *ad hoc* dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la demanda.
2. Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, la Presidencia les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un Juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de los 30 días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer su candidato dentro de los 15 días siguientes. Pasado ese plazo, y si se hubieren presentado varios, la Presidencia escogerá por sorteo un Juez *ad hoc* común y lo comunicará a los interesados.
3. Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrafos precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio.
4. El Secretario comunicará a la Comisión Interamericana, a los representantes de la presunta víctima y, según el caso, al Estado demandante o al Estado demandado la designación de Jueces *ad hoc*.
5. El Juez *ad hoc* prestará juramento en la primera sesión dedicada al examen del caso para el cual hubiese sido designado.
6. Los Jueces *ad hoc* percibirán emolumentos en las mismas condiciones previstas para los Jueces titulares.

III. Admisibilidad de las peticiones

Los artículos 46 y 47 regulan la etapa de admisibilidad de las peticiones, estableciendo los requisitos –y el régimen de excepciones– que deben satisfacerse para abrir la instancia internacional.

1. El agotamiento de los recursos internos: regla general y excepciones

La regla del *agotamiento de los recursos internos* es una de los elementos a partir de los cuales se evalúa y decide la admisibilidad de las presentaciones realizadas ante la Comisión IDH.

El requisito de que se hayan interpuesto y agotado los recursos correspondientes a la jurisdicción interna tiene como objeto permitir que se conozca a nivel nacional la supuesta violación del derecho y que el Estado nacional tenga la posibilidad de solucionar la misma antes de que se habilite una instancia internacional.[26] También se la ha considerado un medio de defensa en beneficio del Estado y, por tanto, renunciable. Al respecto la Corte IDH ha dicho:

> …según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se je ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable.[27]

A juicio de la Corte IDH la referencia a "los *principios del Derecho Internacional* generalmente reconocidos" que contiene el artículo, indica que los mismos deben ser considerados tanto para el análisis de la regla establecida en el 46.1.a. cuanto para sus excepciones, es decir, la determinación de en qué situaciones se exime del agotamiento.[28]

---

26 CIDH. Informe Nº 92/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. Julio César Recabarren y María Lidia Callejos. Argentina. 31 de octubre de 2008, párr. 35.

27 Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Costa Rica. Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 26.

28 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Hondu*ras. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 87.

En un caso en que el Estado alegó que al momento de presentarse la denuncia ante el sistema interamericano se encontraban pendientes de trámite procesos penales relacionados con los hechos denunciados, la Comisión Interamericana entendió que el momento para pronunciarse sobre este requisito era al tiempo de resolver la admisibilidad, y no al de haber sido efectuada la denuncia.[29]

La interpretación dada a la cláusula convencional ha considerado que ésta no debe ser leída en el sentido que las presuntas víctimas deban agotar todos los recursos que tengan disponibles.[30] Así ha entendido que:

> (…) si la presunta víctima planteó la cuestión por alguna de las alternativas válidas adecuadas según el ordenamiento jurídico interno y el Estado tuvo la oportunidad de remediar la cuestión en su jurisdicción, la finalidad de la norma internacional debe considerarse cumplida.[31]

La jurisprudencia consolidada del sistema interamericano ha observado que *deben agotarse aquellos recursos que sean adecuados y efectivos.* Se entiende por *adecuados* a aquellos recursos cuya función dentro del sistema del derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. “En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si en un caso específico el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo (…)”.[32] Por su parte, un recurso es *eficaz* cuando es capaz de producir el resultado para el cual ha sido creado. La Corte IDH ha entendido que “puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente”.[33]

Como puede inferirse, la apreciación respecto del agotamiento del recurso interno requiere *una evaluación de cada caso concreto.*

En un caso en el que se denunciaba la desaparición forzada de una persona en Ecuador, el Estado argumentó la falta de satisfacción de este requisito alegando que se encontraban disponibles recursos como la acción de protección, la acción por incumplimiento y el recurso de *habeas corpus* que no habían sido agotados en el caso concreto. La Comisión dio curso a la admisibilidad de la petición considerando que:

> (…) toda vez que se cometa un delito perseguible de oficio, el Estado tiene la obligación de promover e impulsar el proceso penal y que, en esos casos, ésta constituye la vía idónea para esclarecer los hechos, juzgar a los responsables y establecer las sanciones penales correspondientes, además de posibilitar otros modos de reparación de tipo pecuniario. La Comisión considera que los hechos expuestos por los peticionarios relativos a la desaparición de César Gustavo Garzón Guzmán se traducen en la legislación interna en conductas delictivas perseguibles de oficio cuya investigación y juzgamiento debe ser impulsada por el Estado mismo.[34]

En otro caso, tuvo ocasión de decidir sobre la idoneidad de la competencia contencioso administrativa y de los procesos disciplinarios en relación con el agotamiento del recurso, afirmando que:

> la Comisión ha sostenido reiteradamente que dichas vías no constituyen recursos idóneos a efectos de analizar la admisibilidad de un reclamo de la naturaleza del presente ante la Comisión.

---

29 CIDH. Informe Nº 146/10. Petición 212-05. Admisibilidad. Manuel Santiz Culebra y otros (Masacre de Acteal). México. 1 de noviembre de 2010, párr. 39.

30 CIDH. Informe Nº 12/10. Caso 12.106. Admisibilidad. Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías. Argentina. 16 de marzo de 2010, párr. 41; CIDH. Informe Nº 76/09. Petición 1473-06. Admisibilidad. Comunidad de la Oroya. Perú. 5 de agosto de 2009, párr. 64; CIDH. Informe Nº 40/08. Petición 270-07. Admisibilidad. I.V.. Bolivia. 23 de julio de 2008, párr. 70; CIDH. Petición 12.305. Inadmisibilidad. Julio César Recabarren y María Lidia Callejos, supra nota 60, párr. 35.

31 CIDH. Caso 12.106. Admisibilidad. Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías, supra nota 64, párr. 41.

32 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 64.

33 *Op. cit.*, párr. 66.

34 CIDH. Informe Nº 70/10. Petición 11.587. Admisibilidad. César Gustavo Garzón Guzmán. Ecuador. 12 de julio de 2010, párr. 28.

> La jurisdicción disciplinaria no constituye una vía suficiente para juzgar, sancionar y reparar las consecuencias de violaciones a los derechos humanos. La jurisdicción contencioso administrativa, por otra parte, es un mecanismo que procura la supervisión de la actividad administrativa del Estado, y que únicamente permite obtener una indemnización por daños y perjuicios causados por la acción u omisión de agentes del Estado. Consecuentemente, no constituye el recurso idóneo a los efectos de analizar la admisibilidad del presente caso.[35]

La Convención establece algunas *causales de excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos* en el artículo 46.2. que han sido interpretadas por la Corte IDH en directa relación con el fundamento que sostiene la protección internacional de los derechos humanos; esto es, la protección de las personas frente al ejercicio arbitrario del poder público, entendiendo que:

> …La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. […] De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demora hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos nos son efectivos.[36]

Las excepciones contempladas por la Convención –y reflejadas también en el artículo 31 del Reglamento– se refieren, en los incisos a. y b. a situaciones en las que los recursos internos no pueden ser agotados por encontrarse indisponibles por una razón legal o de facto.[37] Así, el inciso a. alude a los casos en que la ley interna no garantiza el debido proceso legal y el b. a los casos en que sí existen recursos en la jurisdicción interna pero su acceso es negado a las personas o se les impide hacer uso de ellos. En el apartado c. se incluye el supuesto de retardo injustificado en la decisión sobre los recursos interpuestos.

En su Opinión Consultiva Nº 11 la Corte evaluó el alcance de la excepción prevista en el 46.2.b en relación con la existencia de una situación de miedo generalizado que llevara a que los/las abogados/as –por temor a sufrir represalias– no prestaran asistencia legal, concluyendo que, en tal caso, se estaría frente a una situación en la que podría aplicarse la excepción.[38]

En el mismo sentido de hacer lugar a la aplicación de la excepción se expidió la Comisión Interamericana en un caso en el que los procesos judiciales por la muerte de un ciudadano mexicano por parte de un integrante del ejército fue atraída por el fuero militar, indicando que:

> la Comisión se ha referido a la falta de idoneidad de los tribunales militares como foro para el examen de presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por miembros de la fuerza pública. De la misma forma, la Corte Interamericana ha señalado que la justicia militar sólo es un foro adecuado para el juzgamiento de militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos pertenecientes al orden militar. En este sentido y a los efectos de la admisibilidad del presente reclamo, la Comisión toma en consideración que la justicia militar ha sido empleada para investigar la muerte del civil Mirey Trueba, juzgar y sancionar al miembro del ejército. En este sentido, considera que se configura una presunta falta de acceso a un recurso judicial adecuado e independiente para la investigación, juzgamiento y sanción del responsable del

[35] CIDH. Informe Nº 47/10. Petición 1325-05. Admisibilidad. Masacre Estadero “El Aracatazzo”. Colombia. 18 de marzo de 2010, párr. 53.

[36] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, supra nota 62, párr. 93

[37] Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 17.

[38] *Op. cit*., párr. 32 y ss. En el mismo sentido, la Corte consideró que no puede exigirse el agotamiento a aquellos/as reclamantes que aleguen una situación de indigencia tal que les impida de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención.

> fallecimiento de la víctima y por lo tanto, se configura la excepción prevista en el artículo 46. 2. b. de la Convención Americana.[39]

Respecto de la *oportunidad de la alegación*, la Corte IDH ha dicho que incumbe al Estado probar que existen en el derecho interno recursos que no han sido agotados,[40] y una vez acreditada esta disponibilidad, la carga de la prueba se traslada a la denunciante.[41]

2. Plazo para la presentación

El procedimiento interamericano establece ciertos plazos para la presentación de peticiones atendiendo de este modo a la *necesidad de garantizar certidumbre y estabilidad jurídica* frente a una decisión adoptada.[42]

Por vía del artículo 32 del Reglamento se establece contemplan dos diferentes escenarios posibles: en los casos en que se haya agotado el recurso interno, el plazo máximo para la presentación de las peticiones es de *6 meses*; en cambio, en aquellos en que sea aplicable alguna de las excepciones a la regla del agotamiento se establece como pauta de tiempo la del "plazo razonable" para la presentación de peticiones.

En relación con el primer supuesto, la Comisión ha valorado su cumplimiento a la luz del principio general de que dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad la justicia no puede ser sacrificada en función de una excesiva ritualidad formal, de allí que algunos requisitos de procedimiento pueden ser dispensados si eso no conlleva un desequilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.[43]

En un caso en el que se habían agotado los recursos internos y la petición fue presentada un día después del plazo de 6 meses, la Comisión declaró la admisibilidad de la misma con base en que es un principio aceptado por el sistema interamericano que el sistema procesal es un medio para alcanzar justicia, y por tanto ésta no puede ser sacrificada a favor de priorizar meras formalidades.[44]

En el mismo sentido resolvió en otro caso en el que debió analizar en función de las diferencias entre la fecha indicada en la petición y la fecha de recepción por correo postal de la misma, resolviendo que

> [a]unque no se tiene certeza sobre la fecha en la cual fue enviada, la Comisión considera que es razonable tomar en cuenta un lapso entre el envío por correo postal y la recepción y concluye que once días es una demora razonable para presentar la petición. La Comisión, citando a la Corte Interamericana ha señalado en diversas ocasiones que es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades.[45]

---

[39] CIDH. Informe Nº 48/08. Petición 515-01. Admisibilidad. Mirey Trueba Arciniega. México. 24 de julio de 2008, párr. 50.

[40] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, supra nota 62, párr. 88; y Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 87.

[41] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, supra nota 71, párr. 41.De esta manera es pertinente señalar que en el análisis del agotamiento de los recursos internos, la Corte IDH ha desarrollado: (1) la doctrina de los "recursos ilusorios", (establecida en el *Caso Cesti Hurtado*, excepciones preliminares, párr. 125; y desarrollado en el *Caso Ivcher Bronstein*, reparaciones y costas, párrs. 136 y 137; *Las Palmeras*, fondo, párr. 58); (2) la posibilidad de que el estudio del agotamiento de los recursos se una al estudio de fondo cuando el caso lo amerite por ser, precisamente, ese análisis del que depende la violación; (3) en relación al momento procesal (oportunidad) en que se debe hacer valer la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos.

[42] CIDH. Caso 11.625. María Eugenia Morales de Sierra, supra nota 49, párr. 29.

[43] Conf. Corte IDH. *Caso Cayara vs. Perú*. Excepciones preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993, párr. 42.

[44] CIDH. Caso 12.106. Admisibilidad. Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías, supra nota 64.

[45] CIDH. Informe Nº 20/09. Petición 235-00. Admisibilidad. Agustín Zegarra Marín. Perú de 19 de marzo de 2009, párr. 66. En cuanto a la excepción del plazo, es relevante el desarrollo de los casos de dilación indebida, en los cuales se exime el agotamiento de los recursos internos en relación con el plazo de 6 meses. Aquí es de gran relevancia el el *Caso Valle Jaramillo*. Para ejemplificar la importancia del tema, basta decir, por ejemplo, que en el caso de México, 5 condenas al Estado han llegado en casos de dilación indebida, en la que se exceptúan el agotamiento de recursos en relación con el plazo de 6 meses.

La Comisión se ha reservado la facultad de establecer en cada caso qué se entiende por *plazo razonable*. El artículo 32. 2. del Reglamento establece como pautas para su consideración la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de derechos denunciada y las circunstancias de cada caso.

3. Litis pendencia internacional

A efectos de comprender el alcance que el derecho interamericano asigna a este punto es necesario tener presentes varios elementos. La Convención Americana establece en el artículo 46 c. como requisito para la admisibilidad de la petición que la materia no esté *pendiente de otro procedimiento internacional* y en el artículo 47 d. indica que se declarará inadmisible aquella petición que reproduzca una petición ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sin embargo, el artículo 33 del Reglamento establece aquellos casos en los cuales habiendo un procedimiento en otro organismo internacional la Comisión continuará con el trámite de la petición, indicando los casos en los cuales el procedimiento ante el otro organismo se limite a un examen general o el cuando ante la Comisión el peticionario será la víctima o su familiar y en el otro procedimiento el peticionario sea un tercero o una entidad no gubernamental sin mandato de la víctima o de sus familiares.

La Corte IDH ha tenido ocasión de fijar el alcance de la frase "sustancialmente la reproducción" entendiendo por tal la identidad entre los casos, la que se configura cuando las partes sean las mismas, el objeto sea el mismo y la base legal sea idéntica.[46] Para ello debe haber coincidencia entre los sujetos activos y pasivos de la violación y debe referirse a las mismas conductas violatorias de un derecho humano.[47]

En ocasión de rechazar la alegación estatal de duplicidad de procedimientos entre el caso ante la Corte IDH y una petición presentada ante la OIT la Corte afirmó:

> … el objeto tampoco es el mismo, mucho menos cuando ante la OIT se conoció únicamente lo relativo al derecho a la libertad sindical y sobre el derecho laboral en general y, ante la Corte, se planteó la violación de una serie de derechos no comprendidos en la denuncia interpuesta ante el Comité de Libertad Sindical, tal como lo es, entre otros, el derecho al debido proceso legal.
>
> 57. Además, la naturaleza de las recomendaciones emitidas por dicho Comité es diferente a la de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de la Convención, es definitiva e inapelable (artículo 67), y de obligatorio cumplimiento (artículo 68.1).[48]

La Comisión sostuvo idéntico criterio al rechazar la duplicidad de procedimientos en un caso en el que Ecuador alegó la litispendencia internacional ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU en los siguientes términos:

> La Comisión, a su vez, ha sostenido que para que se considere que en un caso hay duplicación o cosa juzgada internacional se requiere que la petición esté siendo considerada, o haya sido decidida, por un organismo internacional que tenga competencia para adoptar decisiones sobre los hechos específicos contenidos en la petición, y medidas tendientes a la efectiva resolución de la disputa de que se trate. La Comisión considera, en virtud de esta norma, que el Grupo de Trabajo antes mencionado no pertenece a la categoría de órganos internacionales cuyo mandato pueda generar la duplicación a la que se refieren los artículos 46(1)(c) y 47(1)(d) de la Convención Americana. En

[46] Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 53.

[47] Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Excepciones preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999, párr. 43.

[48] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, supra nota 80, párrs. 56 y 57.

> efecto, se trata de un mecanismo que puede plantear situaciones concretas de desapariciones con los Estados pero no tiene un sistema de casos que tenga como objetivo emitir decisiones que atribuyan responsabilidades específicas. Además, el Estado no ha presentado antecedentes que permitan establecer que la situación de la presunta víctima en el presente reclamo haya sido aclarada por dicho organismo.[49]

4. Requisitos formales

La Convención Americana requiere que se cumpla con el requisito de informar los datos personales (nombre, nacionalidad, profesión, domicilio) y la firma de quien somete la petición.

De acuerdo con el artículo 28 del Reglamento en el caso de entidades no gubernamentales será necesaria la firma y el nombre de su representante legal.

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013, modificó el artículo 28 del Reglamento, incorporando algunos cambios a tener en cuenta.

Por un lado, estableció como requisito –en aquellos los casos en que la peticionaria sea una organización no gubernamental– la información sobre el Estado miembro de la OEA en el que esté reconocida legalmente (inciso 1). Luego, en los casos en que el peticionario solicite la reserva de su identidad deberá exponer las razones en las que sustenta el pedido (inciso 2).

5. Caracterización de los hechos alegados

La naturaleza complementaria de la protección interamericana se deriva del Preámbulo de la Convención Americana al reconocer que los derechos esenciales del hombre "justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados".

Como consecuencia de la complementariedad –característica compartida con otros sistemas supranacionales de protección de derechos humanos–, el sistema interamericano ha limitado su función a velar por la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados al hacerse parte de la Convención, excluyendo la posibilidad de funcionar como un mero tribunal revisor de la actuación de los organismos judiciales a nivel interno, lo que se conoce como "fórmula de la cuarta instancia".[50] El sistema interamericano no tiene facultades para revisar "las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que encuentre que se ha cometido una violación de alguno de los derechos amparados por la Convención Americana",[51] de allí que la caracterización de los hechos alegados deba detallar las violaciones autónomas al derecho interamericano que los mismos constituyen.

En este sentido la Comisión delineó sus límites estableciendo que:

> 51. La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula [de la cuarta instancia] arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores

---

[49] CIDH. Petición 11.587. Admisibilidad. César Gustavo Garzón Guzmán, supra nota 68, párr. 38.

[50] La "fórmula de la cuarta instancia" fue elaborada por la Comisión Interamericana en el Caso Wright. Ver CIDH. Resolución Nº 29/88. Caso 9260. Jamaica. 14 de setiembre de 1988.

[51] CIDH. Informe Nº 8/98. Caso 11.671. Carlos García Saccone. Argentina. 2 de marzo de 1998, párr. 53.

> de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.[52]

En un caso en el que se imputaba responsabilidad estatal por la muerte de una persona en un hospital presuntamente como consecuencia de no haber sido atendido adecuadamente y frente a la cual el Poder Judicial a nivel nacional habia considerado no acreditada la relación causal directa entre la muerte y la supuesta atención médica deficiente, la Comisión Interamericana resolvió que

> …si bien es función de la Comisión velar por la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados pare en dicho instrumento internacional, no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de hecho o de derecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia. La Comisión no es competente para revisar las pruebas que han sido valoradas por los tribunales nacionales, a menos que hubiera evidencia de vulneración de las garantías del debido proceso consagradas en la Convención Americana.[53]

[52] CIDH. Informe Nº 39/96. Caso 11.673. Santiago Marzioni. Argentina. 15 de octubre de 1996, párr. 51.

[53] CIDH. Petición 12.305. Inadmisibilidad. Julio César Recabarren y María Lidia Callejos, supra nota 60, párr. 44.

Sección 4 - Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si pública o no su informe.

Normas y jurisprudencia más relevante

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informes y Resoluciones

CIDH. Informe Nº 32/02. Petición 12.046. Solución amistosa. *Mónica Carabantes Galleguillos*. Chile. 12 de marzo de 2002.

CIDH. Informe Nº 95/03. Caso 11.289. Solución amistosa. *José Pereira*. Brasil. 24 de octubre de 2003.

CIDH. Informe Nº 36/08. Caso 12.487. Fondo. *Rafael Ignacio Cuesta Caputi*. Ecuador. 18 de julio de 2008, párr. 37.

CIDH. Informe Nº 85/09. Caso 11.607. Acuerdo de cumplimiento. *Víctor Hugo Maciel*. Paraguay. 6 de agosto de 2009.

CIDH. Informe Nº 85/11. Petición 12.306. Solución amistosa. *Juan Carlos de la Torre*. Argentina. 21 de julio de 2011.

Índice

I. Procedimiento de admisibilidad

El artículo 48 establece las bases del procedimiento que se imprime a las presentaciones ante la Comisión Interamericana. El Estatuto de la Comisión Interamericana, aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, otorga a la Comisión potestades para la elaboración de su propio Reglamento, y en los artículos 23 y 24 le impone la determinación vía reglamentaria de

los procedimientos a seguir en caso de peticiones o comunicaciones en las que se aleguen violaciones a derechos imputables a Estados que sean o no parte de la CADH.

De allí que una comprensión detallada del procedimiento requiera de una lectura combinada de la Convención Americana, el Estatuto, y el Reglamento vigente.

El trámite se inicia con la presentación ante la Comisión por intermedio de la Secretaría Ejecutiva, la que de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento es la responsable de la revisión inicial de la misma, de modo de verificar el cumplimiento de los requisitos de forma detallados en el artículo 28 del mismo cuerpo normativo; a saber:

> Artículo 28. *Requisitos para la consideración de peticiones*
>
> Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener la siguiente información:
>
> el nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales;
>
> si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado;
>
> la dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico;
>
> una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas;
>
> de ser posible, el nombre del la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada;
>
> la indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al artículo presuntamente violado;
>
> el cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento;
>
> las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento, y
>
> la indicación de su la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento.

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013, modificó el artículo 28 del Reglamento en los siguientes términos:

> Artículo 28. Requisitos para la consideración de peticiones
>
> Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener la siguiente información:

1. el nombre de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, su representante o representantes legales y el Estado miembro en el que esté legalmente reconocida;
2. si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado, *y las razones respectivas;*
3. la dirección de correo electrónico para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección postal;
4. una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas;

5. de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada;
6. la indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica *al/os artículo(s) presuntamente violado(s)*;
7. el cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento;
8. las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento; y
9. la indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento.

Del contraste entre ambas versiones del artículo 28 del Reglamento se destaca que la reforma omite el requisito de la firma y, en el caso que el peticionario sea una organización no gubernamental, suma el requisito de indicar el Estado miembro que le ha dado reconocimiento legal y el de fundamentar las razones para la reserva de identidad en caso de que la solicite.

Finalmente, se omite en general el requisito de la firma en las peticiones y se invierte el orden de los datos para contacto, colocándose en primer lugar la inclusión de una dirección electrónica.

Los *pasos iniciales del trámite* son establecidos en el artículo 29 del Reglamento. Al dar entrada a una presentación la Secretaria Ejecutiva deberá registrarla, identificándola con un número precedido de la letra P –lo que indica que se trata de una "petición"–, y remitir una carta de acuse de recibo al peticionario.

En este momento la Comisión hace una primera revisión de la presentación a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos, en caso que estos no estuvieran completos puede solicitar a los peticionarios la información adicional que sea necesaria.

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013, introduce (art. 29, inciso 2) de manera explícita un criterio para el orden de atención que la Comisión IDH debe dar a las peticiones presentadas, estableciendo en primer lugar el orden de llegada e incluyendo también algunos supuestos que permiten adelantar la atención de la denuncia, en los términos que siguen:

2. La petición será estudiada en su orden de entrada; no obstante, la Comisión podrá adelantar la evaluación de una petición en supuestos como los siguientes:

   a) Cuando el transcurso del tiempo prive a la petición de su efecto útil, en particular:

      i. Cuando la presunta víctima sea un adulto mayor, niño o niña;

      ii. Cuando la presunta víctima padezca de una enfermedad terminal;

      iii. Cuando se alegue que la presunta víctima puede ser objeto de aplicación de la pena de muerte; o

      iv. Cuando el objeto de la petición guarde conexidad con una medida cautelar o provisional vigente;

   b) Cuando las presuntas víctimas sean personas privadas de libertad;

   c) Cuando el Estado manifieste formalmente su intención de entrar en un proceso de solución amistosa del asunto; o

   d) Cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

      i. La decisión pueda tener el efecto de remediar situaciones estructurales graves que tengan un impacto en el goce de los derechos humanos; o

ii. La decisión pueda impulsar cambios legislativos o de práctica estatal y evitar la recepción de múltiples peticiones sobre el mismo asunto.

La Comisión se reserva la *facultad de acumular peticiones* y darles trámite en un único expediente, cuando versen sobre hechos similares, involucren a las mismas personas o revelen un mismo patrón de conducta (artículo 29. d del Reglamento o parrafo 5 del Reglamento reformado en 2013) y también la de *desglosar* la información contenida en una presentación en varias peticiones cuando se trate de violaciones de derecho sin conexión en el tiempo o el espacio (artículo 29.c del Reglamento o inciso 4 del Reglamento reformado en 2013). En todos estos supuestos la Comisión deberá notificar por escrito al peticionario su decisión.

Verificado el cumplimiento de los requisitos, la petición es trasladada al Estado denunciado concediéndole un plazo de dos meses para su respuesta; este plazo puede ser eventualmente prorrogado previa solicitud del Estado debidamente fundada, la cual será evaluada por la Secretaria Ejecutiva. La Reforma reglamentaria del 2013 modificó el plazo de respuesta, *concediendo al Estado tres meses, con posibilidad de conceder una prórroga* –frente a un pedido debidamente fundado– que no podrá exceder de cuatro meses contados desde la fecha del envío de la primera solicitud de información. El artículo 30. 5. del Reglamento concede a la Comisión la posibilidad de invitar a las partes a presentar observaciones adicionales por escrito o en el marco de una *audiencia* relacionada con la admisibilidad.

El Reglamento (artículo 36, inciso 3) contempla la posibilidad de que en *circunstancias excepcionales* –y luego de haber solicitado información a las partes– la Comisión pueda abrir el caso y diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el decisión sobre el fondo. La Reforma del 2013, incorporó algunos supuestos explícitos de la referida "circunstancia excepcional" así como la necesidad de que la decisión sea adoptada por la Comisión IDH por medio de una resolución fundada, en los siguientes términos:

3. En circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del presente Reglamento, la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. La decisión será adoptada en una resolución fundada que incluirá un análisis de las circunstancias excepcionales. Las circunstancias excepcionales que la Comisión tomará en cuenta incluirán las siguientes:

   a) cuando la consideración sobre la aplicabilidad de una posible excepción al requisito del agotamiento de recursos internos estuviera inextricablemente unida al fondo del asunto;

   b) en casos de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentran en peligro inminente; o

   c) cuando el transcurso del tiempo pueda impedir que la decisión de la Comisión tenga efecto útil.

En estos casos, la Comisión puede unificar las observaciones sobre admisibilidad y fondo del asunto en cuestión (artículos 30.4, 30.7 y 36.4.). En los casos en que la Comisión IDH decida *diferir el tratamiento* de la admisibilidad hasta la decisión sobre el fondo deberá comunicar tal resolución por escrito a las partes.

La Comisión cuenta con un *Grupo de Trabajo sobre admisibilidad* cuya tarea es el estudio de las peticiones y la formulación de recomendaciones al plenario (artículo 35 del Reglamento), el que toma la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la petición, a través de la aprobación de un informe público.

La aprobación del *Informe de Admisibilidad* (artículo 36 del Reglamento) supone que se han satisfecho los requisitos establecidos por la Convención y que *prima facie* los hechos revelan una posible violación a derechos protegidos por alguno de los instrumentos interamericanos, sin que esto suponga ningún tipo de prejuzgamiento respecto del fondo del asunto. Adicionalmente, opera un cambio en el status del trámite que se evidencia también en un cambio en su denominación que pasa de *"petición" a "caso"*.

El procedimiento admite la posibilidad de que –en cualquier momento del trámite– el peticionario desista, por escrito, de su presentación. La Comisión resolverá al respecto haciendo lugar al pedido o prosiguiendo el trámite si lo considera necesario para proteger un derecho determinado (artículo 41 del Reglamento).

Por otro lado, la Comisión tiene la facultad de decidir sobre el *archivo de un trámite* en cualquier estado del procedimiento cuando –previa solicitud a los peticionarios para que presenten información en el contexto de una posible evaluación de archivo– verifique que no existen o subsisten los motivos de la presentación, o que no cuenta con la información necesaria para resolver sobre el mismo. El artículo 42 del Reglamento que establecía esta pauta fue modificado por la Reforma del 2013, la que incorporó como causal de archivo la injustificada inactividad procesal del peticionario como indicador de desinterés en el trámite de la petición, y explicitó los efectos del archivo y las causales de reapertura del trámite. Su nueva redacción fue aprobada en los siguientes términos:

1. En cualquier momento del procedimiento, la Comisión decidirá sobre el archivo del expediente cuando verifique que no existen o subsisten los motivos de la petición o caso.

   Asimismo, la Comisión podrá decidir sobre el archivo del expediente cuando:

   a) no se cuente con la información necesaria para alcanzar una decisión sobre la petición o caso, a pesar de los esfuerzos para obtener dicha información; o

   b) la injustificada inactividad procesal del peticionario constituya indicio serio de desinterés en la tramitación de la petición.
2. Antes de considerar el archivo de una petición o caso, se solicitará a los peticionarios que presenten la información necesaria y se les notificará la posibilidad de una decisión de archivo. Una vez expirado el plazo establecido para la presentación de dicha información, la Comisión procederá a adoptar la decisión correspondiente.
3. La decisión de archivo será definitiva, salvo en los siguientes casos:

   a) error material;

   b) hechos sobrevinientes;

   c) información nueva que hubiera afectado la decisión de la Comisión; o

   d) fraude

II. Procedimiento de solución amistosa

Durante todo el procedimiento –tanto en la etapa de petición como en la de caso– la Comisión estará a disposición de las partes para iniciar un *proceso de solución amistosa.* Esta instancia procesal abre un espacio de negociación entre las partes con vistas a alcanzar la *resolución del caso por una vía no contenciosa.*

La Comisión ha pautado algunas características de esta instancia procesal en el artículo 40 del Reglamento. Adicionalmente, también se refiere a ella en el artículo 37.4. del Reglamento, estableciendo que antes de pronunciarse sobre el fondo de la petición invitará a las partes a que manifiesten su interés en este procedimiento.

El proceso de solución amistosa *requiere del consentimiento de las partes*, tanto para su inicio como para su manutención. Cualquiera de las partes puede manifestar su voluntad de no continuar con la negociación de una solución amistosa si considera, por ejemplo, que no existe voluntad real de la contraparte de arribar a un acuerdo. Asimismo, el formar parte de este proceso supone la *suspensión de los plazos del trámite contencioso.* El *rol de la Comisión* en este escenario es el de facilitador de la negociación entre las partes.

El curso esperado de un proceso de solución amistosa culmina con un *acuerdo* cuyo contenido es pactado entre las partes y que *incluye un relato de los hechos que motivaron la petición, el reconocimiento de la violación de derechos por parte del Estado y las medidas de reparación integral que deberán implementarse.*

Es importante destacar que el artículo 40.5 del Reglamento impone a la Comisión la verificación de que la víctima haya dado su consentimiento en relación con el acuerdo.

Aún alcanzado un acuerdo sobre los contenidos de una solución amistosa, es posible *denunciar* la misma si el Estado no cumple con los compromisos asumidos, retomando el trámite contencioso del caso a partir del momento procesal en que se encontraba al momento de la apertura de la negociación amistosa.

Una vez cumplido el acuerdo de solución amistosa, la Comisión aprueba un *informe* incluyendo el texto del mismo, el que es publicado previa transmisión a las partes.

Cabe mencionar que, cuando existe voluntad real por parte de los Estados, los procesos de solución amistosa tienen el *potencial* para alcanzar acuerdos sobre reparaciones aún más amplios que aquellos que podría ordenar la Comisión y hasta la Corte Interamericana. Entre otros, acuerdos de solución amistosa han motivado reformas legales[1], retiros de reservas a instrumentos internacionales[2] o el diseño e implementación de políticas públicas específicas.[3]

III. Procedimiento de fondo

Con posterioridad a la aprobación de la admisibilidad del caso, y si no se alcanza una solución amistosa, la Comisión dará curso a la *discusión sobre el fondo del asunto.*

El artículo 37 del Reglamento complementa algunas pautas específicas para esta etapa del trámite. La Comisión fijará un plazo de 3 meses para que los peticionarios presenten sus alegaciones adicionales sobre el fondo del caso, las que serán transmitidas al Estado para sus observaciones por un plazo también de 3 meses. La Reforma del 2013 (artículo 37 inciso 1) cambia el plazo inicial para observaciones por el de 4 meses tanto para peticionarios cuanto para Estado. La Comisión podrá *evaluar la concesión de prórrogas* a estos plazos, siempre que sus peticiones estén debidamente fundadas y que no excedan el plazo de 4 meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de observaciones a cada parte; la Reforma del 2013 llevó este plazo a 6 meses (artículo 37 inciso 2)

En casos de gravedad o urgencia o peligro real o inminente sobre la vida o integridad de una persona, la Comisión podrá solicitar el envío de estas observaciones "dentro de un plazo razonable" que será fijado por ella misma de acuerdo a las circunstancias del caso. La Reforma del 2013 equipara a los peticionarios con el Estado en este punto (artículo 37 inciso 3).En este momento del procedimiento, la Comisión cuenta con algunas herramientas adicionales para obtener información necesaria para el debate de fondo de la cuestión. En este sentido puede, por ejemplo, *convocar audiencias de oficio o a pedido de parte* de conformidad con los procedimientos detallados en el Capítulo VI del Reglamento, así como realizar *observaciones* in loco de conformidad con el Capítulo IV del Reglamento.

Posteriormente, la Comisión iniciará el debate sobre el fondo del asunto en el que –previo examen de las alegaciones y pruebas producidas durante el trámite del caso e información pertinente que sea de público conocimiento– *deliberará* en pleno y *votará* para tomar una decisión.

---

1 CIDH. Informe Nº 85/11. Petición 12.306. Solución amistosa. Juan Carlos de la Torre. Argentina. 21 de julio de 2011 y CIDH. Informe Nº 32/02. Petición 12.046. Solución amistosa. Monica Carabantes Galleguillos. Chile. 12 de marzo de 2002.

2 CIDH. Informe Nº 85/09. Caso 11.607. Acuerdo de cumplimiento. Víctor Hugo Maciel. Paraguay. 6 de agosto de 2009.

3 CIDH. Informe Nº 95/03. Caso 11.289. Solución amistosa. José Pereira. Brasil. 24 de octubre de 2003.

El artículo 44 del Reglamento ordena las diferentes situaciones que pueden darse como consecuencia de la decisión de la Comisión, en los siguientes términos:

> Artículo 44. *Informe sobre el fondo*
>
> Luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión procederá de la siguiente manera:
>
> 1. Si establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo. El informe será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA.
> 2. Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.
> 3. Notificará al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado. En el caso de los Estados partes en la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, al notificar al peticionario la Comisión dará a éste la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. Si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte, deberá presentar los siguientes elementos:
>
> a) la posición de la víctima o sus familiares, si fuera distintos del peticionario;
>
> b) los datos de la víctima y sus familiares;
>
> c) los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; y
>
> d) las pretensiones en materia de reparaciones y costas.

La reforma reglamentaria aprobada por Resolución 1/2013, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013, eliminó de anterior artículo el item b. del inciso 3, referido a datos de la víctima y sus familiares.

El llamado "*Informe artículo 50*" es un documento en el que se establecen los hechos con fundamento en las pruebas producidas, se determinan cuáles han sido las violaciones al derecho interamericano que tales hechos han ocasionado y se asigna el alcance de la responsabilidad estatal por las mismas.

En líneas generales, respecto de la *valoración de las pruebas*, la Comisión Interamericana toma en cuenta los criterios elaborados por la Corte. Aun cuando la *carga de la prueba* en el proceso ante la Comisión IDH corresponde en principio a la parte denunciante, si el Estado no contradice los hechos del fondo ni produce pruebas destinadas a cuestionarlos la Comisión puede presumirlos verdaderos, siempre que no existan elementos de convicción que pudieran hacerla concluir de otra manera. Así lo ha establecido en el artículo 38 de su Reglamento:

> Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 37 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

En este sentido, la Comisión ha dicho que "...se encuentra facultada para solicitar informaciones a las partes, para realizar investigaciones *in loco* respecto a asuntos sometidos a su conocimiento, y para recabar las pruebas que estime pertinentes. El Estado, a su vez, además de la carga de probar hechos en que fundamenta su defensa, tiene la obligación de colaborar, lo que incluye suministrar la información que le sea solicitada por la Comisión y proporcionar todas las facilidades necesarias para las investigaciones que disponga efectuar la Comisión. La Corte IDH ha señalado que "*en los procesos sobre violaciones*

de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado".[4]

Por último, en el Informe 50 la Comisión recomienda al Estado que adopte una serie de medidas que considera reparatorias de las violaciones de derecho probadas, concediéndole un plazo para su satisfacción.[5]

Si el plazo expira sin que se hayan cumplido las recomendaciones, la CIDH deberá optar entre la elaboración de *un informe definitivo* (en el marco del artículo 51 de la CADH y el 47 del Reglamento) y su *posterior publicación* en función de los avances que se produzcan en el cumplimiento de las recomendaciones; o bien la *remisión del caso a la Corte IDH* –solo para aquellos Estados que reconocieron su competencia contenciosa–.

Respecto de la decisión de remitir el caso a la Corte, el artículo 45 del Reglamento la establece como *criterio general* frente a la consideración de la Comisión de que no se han cumplido las recomendaciones del informe del artículo 50, salvo decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

Si bien esta decisión toma en consideración la posición de la víctima y sus representantes, es de su exclusiva competencia y en su artículo 45.2 el reglamento detalla que:

> la Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:
>
> la posición del peticionario;
>
> la naturaleza y gravedad de la violación;
>
> la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y
>
> el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los países miembros.

La Comisión podrá considerar la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1. de la Convención para someter el caso a la Corte, a solicitud del Estado y siempre que concurran dos circunstancias: que el Estado haya demostrado voluntad de implementar las recomendaciones mediante la adopción de medidas concretas, y que acepte de forma expresa e irrevocable que renuncia a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento de este plazo en un eventual procedimiento ante la Corte. Este régimen, pautado en el artículo 46 del Reglamento ha sido modificado por la Reforma del 2013, su nueva redacción es la que sigue:

1. La Comisión podrá considerar a solicitud del Estado interesado la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte, cuando estuvieren reunidas las siguientes condiciones:

   a) que el Estado haya demostrado su voluntad y capacidad de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre el fondo, mediante la adopción de acciones concretas e idóneas orientadas a su cumplimiento. A tal efecto, la Comisión podrá tomar en cuenta la existencia de leyes internas que establezcan un mecanismo de cumplimiento de sus recomendaciones; y

   b) que en su solicitud el Estado acepte en forma expresa e irrevocable la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte y, en consecuencia, renuncie expresamente a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento con dicho plazo, en la eventualidad de que el asunto sea remitido a la Corte.

2. Para el establecimiento de los plazos de suspensión, la Comisión podrá tener en cuenta los siguientes factores:

[4] CIDH. Informe Nº 36/08. Caso 12.487. Fondo. Rafael Ignacio Cuesta Caputi. Ecuador. 18 de julio de 2008, párr. 37.

[5] Cabe destacar que este informe no es público y es remitido al Estado en su totalidad y a las víctimas y/o sus representantes en forma parcial.

a) la complejidad del asunto y de las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión, en particular cuando impliquen el involucramiento de diferentes ramas del Poder Público, o la coordinación entre gobiernos centrales y regionales, entre otras;

b) las medidas adoptadas por el Estado para el cumplimiento de las recomendaciones con anterioridad a la solicitud de la extensión del plazo; y

c) la posición del peticionario.

De este modo se establece que el Estado no sólo deba demostrar su "voluntad" de implementar las recomendaciones, sino también su "capacidad" para ello, y se incorpora como un elemento, que la Comisión IDH podrá tomar en cuenta, la existencia de leyes que establezcan mecanismos de cumplimiento a nivel interno (artículo 46, parrafo 1.a). Adicionalmente y para los supuestos de establecimiento de los plazos de suspensión se establecen algunos criterios orientativos para que la Comsión IDH fije estos términos. En la última reforma de Reglamento de la Corte Interamericana se estableció que, cuando la CIDH decida remitir casos a la Corte, *el Informe 50 se constituirá en su demanda.*

CAPÍTULO VIII – LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1 – Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Normas y jurisprudencia más relevante

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, modificado por los Protocolos 11 y 14.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua Vs. Costa Rica*. Informe de inadmisibilidad No. 11/07, de 8 de marzo de 2007.

CIDH. Petición interestatal PI-02, *Ecuador Vs. Colombia*. Informe de admisibilidad 112/10, de 21 de octubre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones consultivas

Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

Casos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

Corte IDH. *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*. Excepción preliminar. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*. Excepciones preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 174.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago***.** Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C No. 80.

Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago.* Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81.

Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago.* Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 39 a 42.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú***.** Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.

Artículos y publicaciones académicos

Amnistía Internacional. Membresía de los órganos de vigilancia de los tratados (sin fecha).

CANÇADO TRINDADE, A.A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* ACNUR. San José. 2003.

CEJIL. Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Documento de coyuntura No. 1 (2005).

CEJIL. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. 2ª. ed. actualizada. 2012.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3ª. ed. (revisada y puesta al día). San José, 2009.

Interights. Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights. Mayo de 2003.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, y PACHECO ARIAS, Gabriela. *Las sesiones "itinerantes" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*. IIJ UNAM.

SEPÚLVEDA, Magdalena; BANNING, Theo Van Banning; GUDMUNDSDOTTIR, Gudrún; CHAMOUN, Christine. *Universal and regional human rights protection. Cases and commentaries*. University for Peace. San José. 2004.

VIVANCO, José Miguel; BHANSALI, Lisa L. *Procedural shortcomings, en Harris, David; Livingstone, Stephen, "The Inter-American System of Human Rights*". Clarendon Press. Oxford. 1998.

Otros documentos

Convenio de sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces, su personal y las personas que comparezcan ante ella. Publicado en La Gaceta mediante ley No. 6889, de 2 de septiembre de 1983.

OEA. Asamblea General. Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución AG/RES.372 (VII-0/78), aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 1º de julio de 1978.

Índice

I. Introducción

El desarrollo que ha tenido el sistema interamericano de protección de derechos humanos a través de sus dos órganos (Comisión y Corte Interamericanas) es, sin duda, digno de estudio y reconocimiento. La jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana ha sentado importantes precedentes que hoy en día se usan en la academia, por la sociedad civil, la judicatura, los órganos legislativos y Ejecutivos para el estudio, diseño e implementación de legislación y políticas públicas relacionadas con derechos humanos. El prestigio de ambos órganos también se ve reflejado en el expandido uso de su trabajo en otros continentes y por otros sistemas de protección regional, tanto el europeo y africano como en los diferentes mecanismos (de tratados y extra-convencionales) dentro del sistema de las Naciones Unidas. Más aún, el actuar del tribunal interamericano ha retomado legítimas demandas de verdad, justicia y reparación que miles de víctimas han exigido en sus países y que por distintas razones no las han visto cumplidas.

El interés por sistematizar los desarrollos que se han dado por décadas en el Sistema Interamericano –cuya abundancia hace imposible que se lleve un registro fiel e integrado en su totalidad–, ha derivado en un sinnúmero publicaciones, *blogs* y espacios de discusión (foros, congresos, diplomados, seminarios y materias dentro de licenciaturas y posgrados) que han analizado el actuar de la Corte IDH con mucho detalle y diversidad de criterios. Esa producción escrita profundiza, entre otros, en la evolución histórica, las particularidades y naturaleza de la Corte, sus avances en la protección sustantiva y las reparaciones, así como los retos que tiene el tribunal interamericano.[1]

Una vez realizada la aclaración lo anterior, baste cabe recordar para efectos introductorios que, si bien los dos órganos de protección del Sistema Interamericano tienen un sustento convencional, a diferencia de la Comisión Interamericana (cuyas funciones también las realiza como un órgano especializado de la OEA, las funciones, mandato y organización de la Corte tienen sustento en la CADH, su Estatuto y Reglamento.[2]

De acuerdo con lo anterior, "la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación es interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto".[3]

El Capítulo VIII de la Convención Americana es el que da origen al tribunal interamericano y se divide, a su vez, en tres secciones que tratan sobre la organización del tribunal (sección 1), sus competencias y funciones (sección 2), y sobre el procedimiento que se seguirá ante la Corte en casos bajo su conocimiento (sección 3).

Por tanto, salvo las cuestiones relacionadas con las reparaciones otorgadas por la Corte Interamericana (que se tratan en un apartado especial dentro de la publicación), en el presente comentario se abordarán de manera sucinta las secciones mencionadas, haciendo mayor énfasis en las disposiciones generales relacionadas con el tribunal interamericano. Ello, en el entendido que el presente comentario se refiere a un apartado completo de la Convención Americana y, por tanto, difiere de las valoraciones pormenorizadas a disposiciones sustantivas que sólo abarcan un artículo específico del tratado interamericano.

---

[1] Probablemente nunca se pensó en el impacto que la consolidación del Sistema Interamericano tendría -ni las fronteras que cruzaría-, tampoco que generaría tan extensa bibliografía. Tomando en cuenta lo anterior, y a sabiendas que se han dejado por fuera muchas importantes reflexiones, en el presente artículo se hará mención sólo a una pequeña porción de ellas.

[2] En virtud de que la Corte Interamericana ha tenido una serie de reformas a sus reglamentos, el término "reglamento actual" o "reglamento vigente" se referirá a la normativa que fue reformada por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, y que rige que ha regido a partir del 24 de marzo del mismo año.

[3] *Cfr*. artículo 1 (Naturaleza y régimen jurídico) del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979 (en adelante, "Estatuto de la Corte IDH").

II. Requisitos de elegibilidad

El artículo 52 de la Convención establece una serie de requisitos de elegibilidad que servirán para el mejor desempeño de las funciones de quienes integran la Corte, y que se explican en este apartado. No está de más recordar que esta situación ha generado interés e inquietudes por parte de varios actores (especialmente de la sociedad civil), que han recordado de manera continua a los representantes de los Estados Partes la importancia de contar tanto con la mayor diversidad en la composición de la Corte, como con los y las mejores profesionales para ocupar tan importante cargo.

1. Requisitos de idoneidad

a. Ser nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos por los Estados partes en la CADH

Una diferencia en la composición de la Corte con la Comisión Interamericana radica en que, respecto de la primera, sólo los Estados que han ratificado la Convención Americana (Estados Partes) son los que pueden participar en el proceso de elección de los jueces o juezas.[4]

Dado que la Convención Americana no hace distinciones en razón de la nacionalidad de las personas candidatas, cualquier nacional de alguno de los 35 Estados miembros de la OEA puede ser juez o jueza. Esta potestad se ha visto reflejada en la práctica de la elección de quienes han integrado la Corte desde sus inicios. Hasta el momento, ha habido jueces de 16 nacionalidades diferentes,[5] incluyendo a tres países que aún no son parte de la Convención (Barbados, Estados Unidos y Jamaica). Ello, en principio, daría cuenta de la voluntad estatal de respetar la distribución geográfica en la composición de la Corte Interamericana.

Ahora bien, la diversidad en las nacionalidades de los jueces y juezas electos no ha sido suficiente para vencer otras barreras en la integración de la Corte, poniendo de relieve la importancia de seguir democratizando tanto el proceso de selección como la elección de quienes integran los órganos de protección. Por ejemplo –y a diferencia de otros órganos regionales de protección–,[6] sigue existiendo una gran brecha en el balance de género, la inclusión de representantes de pueblos indígenas, o la presentación de personas con cualquier otra característica que refleje la diversidad (de personas y condiciones) que existe en el continente. Por poner un ejemplo, vale recordar que, hasta el momento,

[4] Cabe mencionar que en el mismo sentido está redactado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, modificado por los protocolos 11 y 14 (artículo 22 del tratado), del cual tomó su inspiración la Convención Americana. No obstante, en el caso de África, esa prerrogativa la tiene la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana –OUA-, previa la postulación de candidatos/as por los Estados Partes del Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 13 y 14).

[5] Los países de los cuales provienen los jueces son los siguientes: Argentina (Julio A. Barberis y Leonardo A. Franco); Barbados (Oliver H. Jackman); Brasil (Antônio Augusto Cançado Trindade y Roberto de Figueiredo Caldas); Chile (Máximo Pacheco Gómez, Cecilia Medina Quiroga y Eduardo Vio Grossi); Colombia (César Ordóñez, Rafael Nieto Navia, Carlos Vicente de Roux-Rengifo y Humberto Sierra Porto); Costa Rica (Rodolfo E. Piza Escalante, Sonia Picado Sotela y Manuel Ventura Robles); Ecuador (Hernán Salgado Pesantes); Estados Unidos (Thomas Buergenthal); Honduras (Carlos Roberto Reina, Jorge R. Hernández Alcerro y Policarpo Callejas); Jamaica (Huntley Eugene Munroe y Margarette May Macaulay); México (Héctor Fix Zamudio, Sergio García Ramírez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot); Nicaragua (Alejandro Montiel Argüello); Perú (Máximo Cisneros Sánchez y Sergio García-Sayán); República Dominicana (Rhadys Abreu Blondet); Uruguay (Héctor Gros Espiell y Alberto Pérez Pérez); y Venezuela (Pedro Nikken, Orlando Tovar Tamayo, Asdrúbal Aguiar Aranguren y Alirio Abreu Burelli). Para mayor información, consultar: http://www.corteidh.or.cr/composiciones_anteriores.cfm y http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm

[6] El artículo 14 del Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prevé que la Asamblea "garantizará que en la totalidad de la Corte exista representación de las principales regiones de África y de sus principales tradiciones legales" (numeral 2). Asimismo, tal disposición establece que "en la elección de jueces, la Asamblea garantizará que exista una adecuada representación de género" (numeral 3). (Traducción libre)

la integración de mujeres ha sido excepcional en tanto que sólo ha habido cuatro juezas en toda la existencia del tribunal interamericano.[7] Ello ha dado pie a una serie de críticas que han sostenido, entre otras cuestiones, que:

> … el Sistema Interamericano debe rechazar la práctica utilizada por los Estados en numerosas ocasiones para justificar su incumplimiento con la representación de género y no postular mujeres como candidatas, de afirmar que no encuentran mujeres que cumplan con los requisitos exigidos. Esta afirmación carece de sustentación fáctica y evidencia la falta de transparencia e imparcialidad en la elección.[8]

Cabe recordar que la tendencia antes descrita se ha visto reflejada en las últimas elecciones de miembros de la Corte en tanto que, a partir de 2013, la composición será exclusivamente masculina.[9] Por ello, es imperativo que los Estados reflexionen y actúen de una manera distinta en elecciones futuras, y también se hace necesaria una evaluación sobre las estrategias que se pueden emplear desde diferentes sectores para proponer mayor diversidad en la integración del tribunal.

b. La más alta autoridad moral y la reconocida competencia en materia de derechos humanos

La intención de establecer requisitos de elegibilidad relacionados con la experiencia y la calidad moral del candidato/a también tiene un correlativo en lo que respecta a los miembros de la Comisión Interamericana (al igual que para candidatos de otros órganos de protección internacional[10]), aunque la exigencia para ser integrante de la Corte es mayor. De acuerdo con el artículo 34 de la Convención Americana, los miembros de la Comisión "deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos", mientras que el artículo 52 del mismo tratado adiciona como requisito el poseer "la más" alta autoridad moral y cumplir con las condiciones para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales (como se explicará *infra*).

Más allá de tales diferencias, existe poco desarrollo en relación con los parámetros que podrían nutrir tal requerimiento. Ello se evidencia en el hecho que ni los trabajos preparatorios de la Convención,[11] ni el Estatuto o el reglamento de la Corte elaboran más sobre lo que puede entenderse por "la más alta autoridad moral". No obstante, éste es un tema que ha generado amplios y continuos debates.

---

7 Los nombres son: Cecilia Medina (Chile), Sonia Picado (Costa Rica), Margarette May Macaulay (Jamaica) y Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana).

8 CEJIL. Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Documento de coyuntura No. 1 (2005), Pág. 13, http://cejil.org/publicaciones/documento-de-coyuntura-n%C2%BA-1-aportes-para-el-proceso-de-seleccion-de-miembros-de-la-com.

9 Luego de un proceso de selección que se llevó a cabo en la 42ª Asamblea General de la OEA celebrada en Cochabamba (Bolivia), los jueces que componen en Tribunal interamericano son: Diego García Sayán (Perú), Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Alberto Pérez Pérez (Uruguay), Eduardo Vio Grossi (Chile), Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil), Humberto Sierra Porto (Colombia) y Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot (México), la información está disponible en: http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm.

10 De acuerdo con Interights (organización que litiga casos ante distintas instancias internacionales de protección de derechos humanos, entre las que se encuentra la Corte Europea), "These terms are commonly used in respect of international courts and tribunals. […] Accordingly, it is often suggested that States 'know what they mean'. That said, they are undefined and aspects of their scope remain unclear, possibly laying the foundation for the nomination or election of unqualified or otherwise unsuitable candidates." Ello se traduciría de la siguiente manera: "Estos términos son comúnmente usados respecto de otras cortes y tribunales internacionales. Por tanto, generalmente se ha sugerido que los Estados 'saben a lo que se refieren'. Dicho lo anterior, tales términos carecen de definición y los aspectos relativos a su alcance permanecen poco claros, lo cual posiblemente contribuye a sentar las bases para la nominación o elección de candidatos descalificados o inadecuados."). *Cfr.* Interights. Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights. Mayo de 2003 pág. 16 (traducción libre), http://www.interights.org/document/142/index.html

11 Los trabajos preparatorios pueden consultarse en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/basicos/ActasConferenciaInteramericanaDDHH1969.pdf

Dada la trascendencia del proceso de nominación y elección de las personas integrantes de la Corte Interamericana, se han dedicado importantes esfuerzos para incentivar y aportar insumos a fin de que los Estados lleven a cabo elecciones más transparentes y respetuosas de los criterios que plantea el artículo 52 de la Convención Americana. En tal sentido, "[a]tendiendo a los propósitos de la Convención, y a fin de asegurar la absoluta idoneidad e independencia de los elegidos, el mecanismo de selección de los jueces debería ser un aspecto de la mayor trascendencia dentro del sistema".[12] Asimismo, se ha sugerido que

> Con relación a la competencia, la experiencia en este campo no se limita a la formación académica en este ámbito, sino también al ejercicio profesional en esta arena, la habilidad intelectual para traducir los hechos y argumentos en sólidos análisis jurídicos y políticos, la capacidad para abordar diversas áreas fundamentales para el desarrollo de las funciones del órgano: especialidades jurídicas (por ejemplo: derecho del refugio), temáticas (por ejemplo, género), habilidades técnicas (ej: documentación o implementación de políticas públicas en derechos humanos), entre otras. En este ejercicio, las calidades jurídicas, profesionales y humanas de los candidatos deben primar sobre los vínculos y lealtades políticas.[13]

En el marco del Sistema Interamericano se han identificado como preocupaciones la ausencia de procesos internos en los países y en el marco de la OEA para la selección de candidatos/as,[14] así la politización del proceso y la falta de transparencia en la designación[15] y posterior elección de los mismos. Estos son algunos retos que deben enfrentarse a la brevedad, como una forma de fortalecimiento del Sistema Interamericano, a partir de una composición adecuada en la integración de sus órganos. Ello, en el entendido que son los Estados los que tienen la mayor responsabilidad en este tema en particular.[16]

Ahora bien, también es justo reconocer que esa preocupación –compartida por diferentes sectores–, trasciende al Sistema Interamericano, pero tiene implicaciones similares en otros sistemas de protección. De acuerdo con Amnistía Internacional, "[l]a calidad de los miembros individuales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales tiene importantes repercusiones sobre la efectividad general de los comités, así como sobre la imagen que proyectan de su independencia y capacidad."[17] En tal sentido, Amnistía Internacional ha realizado 10 recomendaciones que, si bien se hacen de cara a la composición de los órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas, también pueden ser aplicadas de forma análoga al Sistema Interamericano. Estas sugerencias tienden a garantizar una mayor participación de los propios Estados en la propuesta de candidatos/as que cumplan con los requisitos de elegibilidad y que no tengan un cargo de gobierno; diversificar candidatos para no repetir a las mismas personas; publicar ampliamente la vacante; "*fomentar la participación activa de organizaciones de la*

---

[12] Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales.* 3a. ed. (revisada y puesta al día). San José, 2009, pág. 200, http://www.iidh.ed.cr/

[13] CEJIL. Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documento de coyuntura No. 1. 2005, Pág. 13, http://cejil.org/publicaciones/documento-de-coyuntura-n%C2%BA-1-aportes-para-el-proceso-de-seleccion-de-miembros-de-la-com.

[14] *Ibid*.

[15] Desde hace más de quince años se ha venido sosteniendo que "como una preocupación estructural, la falta de transparencia en el proceso de elección de los miembros de la Comisión y la Corte, también contribuye al problema de la politización. Este fenómeno se ve agravado por el proceso de reelección en el cual los Estados –sujetos del monitoreo- determinan y conceden sus votos basados en el desempeño del comisionado o juez, lo cual amenaza la autonomía de la Comisión o la Corte." *Cfr.*, Vivanco, José Miguel; Bhansali, Lisa L. Procedural shortcomings, en Harris, David; Livingstone, Stephen, "*The Inter-American System of Human Rights*". Clarendon Press. Oxford. 1998, pág. 424 (traducción libre).

[16] Vale mencionar que el recordatorio sobre las atribuciones de los Estados también lo ha hecho la propia Corte en su función consultiva, al recalcar "que la cuestión de asegurar la señalada representatividad de los jueces escapa a las facultades de la Corte, pues ello corresponde a otros órganos de la OEA. En todo caso, debe recordarse que los jueces del Tribunal, a pesar de ser nominados por los Estados, ejercen su cargo a título personal […]". *Cfr*. Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 65.

[17] Amnistía Internacional. Membresía de los órganos de vigilancia de los tratados, http://www.amnesty.org/en/node/11964

sociedad civil en todas las etapas del procedimiento de selección de candidaturas para que, entre otras cosas, dichas organizaciones ayuden al Estado a obtener solicitudes de candidatos o candidatas con excelente preparación y, cuando conozcan a los solicitantes, asesoren al Estado sobre si cumplen los criterios establecidos". También se debería "*revisar* el equilibrio geográfico, de género y de diversidad de conocimientos en la composición del comité antes de que tenga lugar cada elección.[…]".[18] [Resaltado en el original].

Por su parte, en 2003, Interights publicó un documento relacionado con los procesos de selección de miembros del TEDH, en el que encontró como principales problemas la poca transparencia y la discrecionalidad absoluta de los Estados en relación con el sistema de nominación que adoptan, sumándose a ello tanto la naturaleza politizada del procedimiento de nominación y elección como la ineficiencia de los distintos órganos políticos involucrados con las elecciones (la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa así como el Comité de Ministros y el Subcomité dependiente del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos). A lo anterior se adicionan temas nodales como la falta de balance de género en la composición de la Corte, el tipo de cabildeo por parte de los Estados (y, ocasionalmente, de los candidatos a la Corte) y la oposición de los Estados para que se nos fiscalice el proceso de nominación de candidatos/as a nivel interno bajo el argumento falaz de que ello implica una intromisión a su "soberanía". Todo lo anterior –señala Interights– pone en riesgo la futura independencia (real y aparente) de los jueces, y genera "una corte menos calificada y menos apta para cumplir con su crucial mandato".[19]

En conclusión, un procedimiento con reglas bien establecidas, en el que haya participación de distintos actores (Estados, sociedad civil, academia, usuarios del Sistema Interamericano y otros actores interesados) que puedan debatir y fiscalizar desde antes de la nominación hasta la selección y posterior desempeño de los candidatos de la Corte, resulta fundamental si se quiere garantizar una composición del tribunal que cumpla con los requisitos establecidos en la Convención y que también esté preparado para afrontar adecuadamente los múltiples retos que conlleva la protección de derechos humanos en nuestro continente.

c. Ser juristas que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales

De conformidad con el artículo 52.1 de la Convención, cualquier persona que sea propuesta como candidata para integrar la Corte debe ser jurista que cuente con las condiciones para ejercer las más altas funciones judiciales "conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos". Este requisito es adicional a los requerimientos para ser miembros de la Comisión IDH, quienes no tienen obstáculo profesional para ser electos en ese cargo por los Estados miembros de la OEA.

El requisito anterior obliga a los Estados no sólo a presentar a quienes tengan un título de abogado o licenciado en derecho, sino a quienes, de acuerdo con la legislación local, cumplan con los requisitos para ejercer las más elevadas funciones judiciales dentro de su país. Sin duda, la amplitud de este requisito da espacio para la interpretación, aun cuando se podría asumir que la referencia es a quienes son integrantes de la Corte Suprema, una sala especializada de la misma, o un tribunal con igual competencia en cuantía.

Los requisitos antes enunciados son similares a los solicitados en otros tribunales regionales de protección; no obstante, existen diferencias entre ellos, y que derivan tanto de la condición de la persona candidata como de las características del tribunal. Por ejemplo, el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Carta Africana establece el requisito de ser jurista y de prestar los servicios a título personal/individual, pero es más amplio en relación con la experiencia profesional, al establecer que la persona

---

[18] *Ibid.*

[19] Interights. Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights, *op. cit.*

debe tener alta autoridad moral y "reconocida competencia y experiencia práctica, judicial o académica, en el campo de los derechos humanos". Por su parte, los requisitos previstos por la Convención Americana son también similares a los establecidos por el Convenio Europeo (art. 21), pero ese tratado cuenta con el requerimiento adicional relacionado con la permanencia de la Corte Europea, a fin de que sus integrantes no se comprometan en ninguna actividad "incompatible con su independencia, imparcialidad, *o con las demandas relacionadas con un cargo de tiempo completo…*".[20] [Resaltado fuera del original].

2. Incompatibilidades

El Capítulo IX de la Convención Americana hace referencia a una serie de disposiciones comunes que rigen tanto a la Comisión IDH como a la Corte IDH. En tal sentido, el artículo 71 de la Convención Americana prescribe que "son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos."

En virtud de lo anterior, el Estatuto del Tribunal ha desarrollado los supuestos de las incompatibilidades, a fin de tener mayores normas que coadyuven en la garantía de una mayor independencia y autonomía en el ejercicio del cargo de los jueces/zas. Así, el artículo 18 prevé lo siguiente:

Artículo 18. Incompatibilidades

1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes:

   a) los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros;

   b) los de funcionarios de organismos internacionales;

   c) cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

2. La Corte decidirá los casos de duda sobre incompatibilidad. Si ésta no fuere subsanada, serán aplicables las disposiciones del artículo 73 de la Convención y 20.2 del presente Estatuto.
3. Las incompatibilidades únicamente causarán la cesación del cargo y de las responsabilidades correspondientes, pero no invalidarán los actos y resoluciones en que el juez afectado hubiera intervenido.

Las incompatibilidades antes mencionadas deben valorarse, de igual manera, a la luz de lo establecido por el artículo 19 del Estatuto, que establece lo siguiente:

Artículo 19. Impedimento, Excusas e Inhabilitación

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.
2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá.

[20] *Cfr*. artículos 11.1 del Protocolo Adicional a la Carta Africana y 21.3 del Convenio Europeo, respectivamente (traducciones libres).

3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.
4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Las disposiciones antes citadas evidencian la importancia de tener un especial cuidado con las calidades de las personas que ocupan los cargos dentro de ambos órganos de protección del Sistema Interamericano, en tanto que "no debe existir ninguna causal que pueda poner en duda la independencia o imparcialidad de quien juzga; por ello no sólo la circunstancia objetiva puede desacreditar la requerida independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional, también puede alegarse el temor y la misma apariencia de parcialidad".[21]

En la práctica, la excusa de los jueces en distintos casos ha dependido de la conciencia de los mismos y de la necesidad de que tanto en apariencia como por cuestiones válidas, se abstengan del conocimiento de asuntos determinados. Estas inhibiciones se han dado en virtud de distintos supuestos, dentro de los que se pueden mencionar los siguientes:

- Cuando, sin haber participado directamente en el caso, el juez que se excusa es nacional del Estado demandado,[22] aún habiendo sido nombrado como juez *ad hoc*.[23] El razonamiento de esa excusa puede reproducirse análogamente retomando lo expresado por el entonces juez Sergio García Ramírez, quien expresó que "el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez –que son indispensables por supuesto–, sino también en la valoración que se haga sobre aquéllas. Ser, pero también parecer";[24]

---

[21] CEJIL. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires. 2012, pág. 43. Disponible en: http://cejil.org/publicaciones/guia-para-defensores-y-defensoras-de-derechos-humanos-la-proteccion-de-los-derechos-h-0

[22] Esto ha sucedido desde los casos hondureños con el juez Jorge R. Hernández Alcocer (ver *Casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi* y *Solis Corrales*). Con posterioridad, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo se excusó de conocer los *Casos Las Palmeras* y *19 comerciantes*; mientras que el juez Sergio García-Sayán ha hecho algo similar en los *Casos Gómez Paquiyauri*, *De La Cruz Flores*, *García Asto* y *Ramírez Rojas*, *La Cantuta*, *Cantoral Huamaní*, *Caso del Penal Castro Castro*, *Reverón Trujillo* y *Anzualdo Castro*. Finalmente, la jueza Cecilia Medina también se ha excusado de conocer los *Casos Palamara* y *Almonacid Arellano y otros*; y el juez García Ramírez se excusó en los *Casos Castañeda Gutman* y *Radilla Pacheco* y, si bien no se excusó para conocerlo, en el *Caso Martín del Campo Dodd*, cedió la Presidencia de la Corte al entonces vicepresidente, Alirio Abreu Bureli.

[23] En el Caso Fermín Ramírez, "El 9 de diciembre de 2004 el señor Alejandro Sánchez Garrido, quien había sido designado como juez ad hoc, señaló que, 'en cumplimiento del artículo 19 del Estatuto de la Corte[, tenía] el deber de excusar[se] de conocer [dicho caso como juez ad hoc] y solicit[ó] se acept[ara] la […] excusa'". *Cfr*. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, Párr. 17.
Asimismo, en el Caso Mejía Idrovo, la Corte plasmó la siguiente información:
Cuando se notificó la demanda al Estado se le informó sobre su derecho a designar un Juez ad hoc para que participara en la consideración del caso. El 11 de febrero de 2010 el Estado designó al señor Hernán Salgado Pesantes como Juez ad hoc. Sin embargo, el 2 de marzo de 2010 el señor Salgado Pesantes informó al Tribunal que al ser consultado por la Procuraduría General del Estado aceptó el cargo, pero posteriormente "luego de verificar alguna información concerniente a este caso, [pudo] establecer que el ciudadano demandante reclamó ante el Tribunal Constitucional de Ecuador por la presunta violación de sus derechos y lo hizo en una época en que [él] formaba parte de ese organismo. [Tiene] la seguridad de haber actuado en este caso –como miembro del Tribunal- lo que constituye un impedimento para que pueda participar en este asunto, de conformidad con el artículo 19.1 del Estatuto de la Corte Interamericana", en consecuencia presentó su excusa para conocer el caso. El 4 de marzo de 2010 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, admitió la referida excusa.
Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, nota al pie 3.

[24] En virtud de tales razones, "[m]ediante nota de 9 de mayo de 2008 la Presidenta del Tribunal manifestó que 'compart[ía] en términos generales' la posición del Juez García Ramírez y aceptó su excusa." *Cfr.* Corte IDH. Caso Radilla Pacheco

- Por haber conocido el asunto cuando éste se tramitaba en otra etapa del procedimiento internacional:[25]
- Cuando el juez forma parte de la misma organización del representante de las víctimas;[26]
- Por existir dos jueces de la misma nacionalidad;[27]
- En casos en los que no se formó parte de la integración de la Corte cuando se deliberó una sentencia previa;[28]
- Por motivos de fuerza mayor, al no haber participado en el conocimiento completo del caso[29] (particularmente en una audiencia pública); y
- Por otras razones que no quedan claras en las sentencias de la Corte.[30]

Por otra parte, en lo que respecta a las *recusaciones*, la propia Corte Interamericana ha señalado que tal figura "es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial

Vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

[25] En el caso de Maritza Urrutia, existieron dos excusas. En la primera, "[e]l Juez Oliver Jackman se abstuvo de participar en la deliberación y firma de la presente Sentencia por haber participado en varias etapas del caso durante su trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando era miembro de ésta" y, por su parte, "[e]l Secretario Adjunto Pablo Saavedra Alessandri se excusó de participar por haber actuado como asistente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este caso, antes de desempeñar su cargo actual en la Corte." *Cfr*., Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. Cabe señalar que el Secretario de la Corte también se excusó de conocer en otro caso contra Colombia. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

[26] La sentencia del caso Reverón Trujillo, estableció lo siguiente:

El 9 de mayo de 2008 el Juez Diego García-Sayán, de nacionalidad peruana, solicitó a la Presidenta que aceptara su excusa para participar en el presente caso porque es integrante de una entidad no gubernamental de la que es parte el señor Ayala Corao, uno de los representantes de la presunta víctima. Informó además que "[s]i bien jamás h[a] tratado con el Dr. Ayala Corao, de forma alguna, asuntos o temas vinculados a este caso y que [su] absoluta independencia e imparcialidad para conocer del mismo no se encuentra afectada en lo más mínimo", este paso resultaría "saludable para garantizar que la percepción por las partes y por terceros acerca de la absoluta independencia e imparcialidad del Tribunal no se vea afectada". La Presidenta consideró que no se desprendía que el Juez García-Sayán "hubiese participado de alguna manera, cualquiera que ésta fuese, en el presente caso o que hubiese manifestado pública o privadamente puntos de vista acerca del litigio en curso, sus causas, manifestaciones y posibles soluciones, o bien, en torno a quienes actúan en éste con calidad de partes". Sin embargo, en consulta con los demás Jueces y de conformidad con el artículo 19 del Estatuto y 19 del Reglamento, estimó razonable acceder al planteamiento del Juez García-Sayán y, consecuentemente, aceptó su excusa. La excusa del Juez García-Sayán y la decisión de la Presidenta fueron notificadas a las partes el 12 de mayo de 2008.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, nota al pie 1.

[27] En el *Caso Lori Berenson*, "[e]l Juez Diego García-Sayán, de nacionalidad peruana, se excusó de conocer el presente caso, de conformidad con los artículos 19.2 del Estatuto y 19 del Reglamento de la Corte, y además por haber sido designado un juez ad hoc desde octubre de 2002. Asimismo, si bien el Juez ad hoc Juan Federico D. Monroy Gálvez no participó en la deliberación de la presente Sentencia en la sede del Tribunal en San José, Costa Rica, fue consultado por la Corte sobre el criterio de ésta y estuvo de acuerdo con la decisión del Tribunal." *Cfr.* Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de fondo y reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128.

[28] Tal es el caso del juez Hernán Salgado Pesantes. Ver, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54; Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55; y Caso *Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

[29] Este es el caso de los jueces Jackman en el *Caso Loayza Tamayo* (interpretación de sentencia); Máximo Pacheco (en el *Caso 19 comerciantes vs. Colombia;* Cecilia Medina (interpretación de sentencia del *Caso de las hermanas Serrano vs. El Salvador*); y Leonardo A. Franco (en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*).

[30] Por ejemplo, el juez García-Sayán se ha excusado de conocer varios casos salvadoreños (Serrano Cruz y García Prieto) y venezolanos (Ríos y Perozo), sin que quede claro en la sentencia si tuvo conocimiento directo de los casos a partir de cargos previos (por ejemplo, integrante del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada de Personas) o por el trabajo que hizo en el terrero con posterioridad a conflictos armados (por ejemplo, como integrante de la Comisión de Verificación de los Acuerdos de Paz en El Salvador). En un caso similar se encuentra la situación de la jueza Medina Quiroga, quien se excusó de conocer del *Caso Canese vs. Paraguay*.

y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho."[31] Asimismo, dentro de su competencia contenciosa ha definido los fines que se persiguen:

> … la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.[32]

Por la forma en que se han dado y resuelto las abstenciones para el conocimiento de los asuntos, la experiencia de la Corte en lo relacionado con las recusaciones ha sido prácticamente nula, aunque las partes en el proceso han hecho uso de este derecho en distintas oportunidades,[33] especialmente cuando tenía por objetivo cuestionar el nombramiento de un juez *ad hoc*.

3. El plazo para la inscripción de candidatos y la responsabilidad en la elección de los integrantes

El Estatuto de la Corte detalla el procedimiento para la elección de jueces, el cual inicia cuando el Secretario General de la OEA pide a los Estados Partes que presenten a uno o varios candidatos. Este anuncio debe hacerse seis meses antes de la celebración de la Asamblea General de la OEA, en la que se suplirán las vacantes de los jueces cuyo mandato esté próximo a vencer, eligiéndose de entre los candidatos que sean presentados.[34] Luego de ello, cuando menos noventa días antes de la celebración de la Asamblea General, los Estados deberán presentar a sus respectivos candidatos (que, como establece el artículo 53.2 pueden ser hasta tres) y, en caso de proponerse una terna, se respetará la cláusula convencional que prevé que al menos una de esas personas debe ser nacional del Estado proponente.

Una vez recibidas las candidaturas, el Estatuto establece que la Secretaría General comunicará a los Estados Partes las mismas, mediante una lista arreglada en orden alfabético.[35] No obstante tal previsión, ante la insistencia de la sociedad civil, se ha intentado dar mayor publicidad de las mismas en tanto que el proceso de selección de candidatos generalmente no parte de un proceso previo, participativo y transparente al interior de los países. Finalmente, el artículo 8.3 del Estatuto de la Corte establece que "[c]uando se trate de vacantes en la Corte, así como en casos de muerte o incapacidad permanente de un candidato, los plazos anteriores se reducirán prudencialmente, a juicio del Secretario General de la OEA."

---

[31] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 64.

[32] *Ibidem*, párr. 63.

[33] Ver, inter alia, Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

[34] *Cfr.* artículo 8.1 del Estatuto de la Corte Interamericana.

[35] *Cfr*. artículo 8.2 del Estatuto de la Corte Interamericana. Tal disposición también prevé que el Secretario General hará del conocimiento de los Estados Partes la lista mencionada "de ser posible, por lo menos treinta días antes del próximo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA."

En relación con la elección propiamente dicha, el artículo 9 del Estatuto establece las reglas a seguirse:

> *Artículo 9. Votación*
>
> 1. La elección de los jueces se realiza en votación secreta y por mayoría absoluta de los Estados partes en la Convención, de entre los candidatos a que se refiere el artículo 7 del presente Estatuto.
>
> 2. Entre los candidatos que obtengan la citada mayoría absoluta, se tendrán por electos los que reciban mayor número de votos. Si fueran necesarias varias votaciones, se eliminarán sucesivamente los candidatos que obtengan menor número de votos, conforme lo determinen los Estados partes.

El respeto del plazo así como la rigidez en el acatamiento del proceso de elección, es un aspecto que ha sido tomado con seriedad por parte de la Secretaría General de la OEA y los Estados Partes de la Convención. Por lo general, la primera de ellas va publicitando en su sitio *web* los distintos registros de candidaturas tanto para la Corte como para la Comisión Interamericana así como para cualquier otro órgano de la OEA que deba tener un aval de la Asamblea General o de los Estados que forman parte del tratado.

No obstante, si bien es cierto que se ha avanzado en el cumplimiento formal del respeto del plazo para presentar candidaturas, también es verdad que existen diversas preocupaciones de fondo que pueden tener una consecuencia directa en la composición de la Comisión y la Corte (como se ha mencionado previamente). En tal sentido, el proceso de nominación de candidatos/as y selección de los integrantes debe ser tomado como una gran responsabilidad política y, por tanto, someterse a un mayor escrutinio, consulta y publicidad a fin de que se pueda cumplir no sólo con todos los requisitos de elegibilidad sino que exista una amplia participación en el proceso por distintos actores a fin de garantizar que las personas más idóneas sean las que efectivamente ocupen el cargo correspondiente.

4. Periodo para ejercer el mandato

Las reglas previstas por el artículo 54 de la Convención Americana tienen un mayor desarrollo tanto en el Estatuto de la Corte[36] como en su reglamento, lo cual es sustancial en tanto que no es excepcional que los jueces deban conocer de distintos asuntos relativos a los casos que, en principio, se entendían como resueltos. Un ejemplo de lo anterior, tiene que ver con la participación de los jueces que han dejado su encargo cuando alguna de las partes en el proceso presenta una solicitud de interpretación de sentencia.[37]

---

[36] El artículo 5 del Estatuto de la Corte (modificado mediante resolución AG/RES.625 (XII-O/82) de la Asamblea General de la OEA de noviembre de 1982), establece lo siguiente:
Artículo 5. Mandato de los Jueces
1. Los jueces de la Corte son electos para un mandato de seis años y sólo pueden ser reelectos una vez. El juez electo para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará tal mandato.
2. Los mandatos de los jueces se contarán a partir del primero de enero del año siguiente al de su elección y se extenderán hasta el 31 de diciembre del año en que se cumplan los mismos.
3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituídos por los nuevos jueces elegidos.

[37] Este es el caso del entonces juez Antônio Augusto Cançado Trindade, quien volvió a participar en la deliberación de las solicitudes de interpretación de sentencia presentadas por Perú en los casos de la masacre de la Cantuta y de los trabajadores cesados del Congreso. *Cfr*., Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173; y Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Solicitud de Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 174.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*.

4. El juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados partes en la Convención tuvieren un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Índice

I. El juez ad hoc

Esta figura fue muy controversial hasta que la Corte Interamericana emitió una opinión consultiva –a solicitud del gobierno argentino–, en la que se refirió a los dos supuestos en los cuales se inscribió la consulta: por una parte, a la figura del juez *ad hoc* y, por la otra, a la prerrogativa que tiene un juez nacional de un Estado demandado de seguir conociendo de un asunto en contra de éste.

En relación con el primer tema sometido a consulta, la Corte reservó la figura exclusivamente para denuncias entre Estados,[1] explicando que "el sentido corriente de la expresión 'alguno de los Estados Partes en el caso' referida en el artículo 55.1 de la Convención se desprende la aplicación de esta disposición a la hipótesis de participación de más de un Estado Parte en una controversia, es decir, a casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales".[2] Asimismo, el tribunal interamericano determinó que

> … la intervención del juez *ad hoc* no debe ser extendida a aquellos procedimientos para los cuales no está expresamente prevista […]. De esta manera, al tiempo que el Tribunal asegura la protección de los derechos reconocidos por la Convención Americana garantiza, además, tanto a los Estados Partes que han reconocido la competencia de la Corte como a las presuntas víctimas, el estricto respeto de sus normas de carácter procesal, conforme al sentido y alcance de las mismas […].[3]

---

[1] El artículo 45 de la Convención prevé la posibilidad de la presentación de denuncias interestatales. Hasta el momento, sólo han sido presentadas dos de ellas ante la Comisión pero ninguna ha sido sometida aún a la Corte Interamericana. La primera petición interestatal -presentada por Nicaragua contra Costa Rica- fue desestimada por la Comisión IDH mediante el informe de inadmisibilidad No. 11/07; mientras que la segunda se encuentra en la actualidad bajo estudio de fondo. Tal petición derivó de una demanda de Ecuador respecto de Colombia por la alegada ejecución extrajudicial del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina por agentes colombianos, en el marco de la "Operación Fénix", a partir de la cual se realizó un bombardeo a un campamento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) ubicado en la municipalidad de Lago Agrio, que es frontera de Ecuador con Colombia. El caso fue declarado admisible mediante informe No. 112/10 (petición interestatal PI-02), de 21 de octubre de 2010. Ambos informes se encuentran disponibles en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/inadmisibilidades.asp y http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio, respectivamente.

[2] Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09, *op. cit.*, párr. 174.

[3] *Ibidem*, párr. 39.

Por otra parte, respecto del segundo tema a consulta, la Corte inició su razonamiento desechando el argumento de que "la sola nacionalidad del juez que deba conocer de un caso contencioso originado en una petición individual contra el Estado del cual ostenta dicha nacionalidad no es una cualidad que, por sí misma y *a priori*, pueda suscitar sospechas sobre su carencia de imparcialidad o sobre su falta de independencia".[4] Empero, una vez establecido lo anterior, hizo un recuento de la práctica judicial interamericana, así como un análisis comparativo de lo que ocurre en órganos de similar naturaleza:

> … la Corte advierte que en la gran mayoría de casos que se han elevado a su conocimiento alguno de los jueces titulares ha ostentado la nacionalidad del Estado demandado y que desde sus primeros casos […] aquellos han entendido como una facultad el participar o no en cualquier tipo de controversia. No obstante, en un gran número de casos contenciosos sometidos por la Comisión Interamericana, los jueces titulares, se han inhibido de participar cuando han ostentado la nacionalidad del Estado demandado. Esta tendencia se ha reforzado en los últimos años […], lo que revela un creciente consenso en cuanto a que los jueces nacionales no deben participar en el conocimiento de estos casos.[5]

Por todo lo anterior, la Corte llegó a las siguientes conclusiones y resolutivos:

1. Que conforme al artículo 55.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la posibilidad de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte Interamericana, de nombrar un juez *ad hoc* para que integre este Tribunal cuando en el mismo no hubiere un juez de su nacionalidad, se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (artículo 45 de dicho instrumento), y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado).
2. Que el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales.[6]

En la actualidad, el reglamento de la Corte fue modificado para eliminar tal figura y reflejar el precedente jurisprudencial en su propia normativa interna, al destinar el artículo 20 únicamente para "Jueces ad hoc en casos interestatales".[7]

II. El funcionamiento de la Corte IDH

1. Quorum (artículo 56)

El artículo 56 tiene una réplica idéntica en el artículo 14 del reglamento vigente. Hasta el momento, el

---

[4] *Ibidem*, párr. 81.
[5] *Ibidem*, párr. 82.
[6] *Ibidem*, resolutivos 1 y 2.
[7] En la actualidad, tal disposición establece lo siguiente:
Artículo 20. Jueces ad hoc en casos interestatales
1. Cuando se presente un caso previsto en el artículo 45 de la Convención, la Presidencia, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dicho artículo la posibilidad de designar un Juez ad hoc dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la demanda.
2. Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, la Presidencia les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un Juez ad hoc en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de los 30 días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer su candidato dentro de los 15 días siguientes. Pasado ese plazo, y si se hubieren presentado varios, la Presidencia escogerá por sorteo un Juez ad hoc común y lo comunicará a los interesados.
3. Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrs. precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio.
4. El Secretario comunicará a la Comisión Interamericana, a los representantes de la presunta víctima y, según el caso, al Estado demandante o al Estado demandado la designación de Jueces ad hoc.
5. El Juez ad hoc prestará juramento en la primera sesión dedicada al examen del caso para el cual hubiese sido designado.
6. Los Jueces ad hoc percibirán emolumentos en las mismas condiciones previstas para los Jueces titulares.

tribunal no se ha encontrado en alguna situación en la que deba poner en práctica el supuesto previsto por la disposición citada. En algunas oportunidades, se ha contado con la participación de seis jueces en virtud de la excusa o recusación de alguno de ellos, o por la ausencia derivada de cuestiones de fuerza mayor o de salud de alguno de sus miembros.

No obstante, dado que el reglamento la faculta para ello y ante el incremento de mayores asuntos y casos que le son presentados, la Corte ha empezado a dividirse con el fin de desahogar los asuntos. Este reparto es usado particularmente en las audiencias privadas de supervisión de sentencias, conformándose en una especie de cámaras al estilo de la Corte Europea.[8]

2. Comparecencia de la Comisión IDH ante la Corte IDH (artículo 57)

Uno de los más importantes debates en que han permeado las reformas reglamentarias de la Corte Interamericana se refieren al rol que la Comisión Interamericana en los casos que son sometidos ante la Corte. Esta discusión se empezó a plantear desde las reformas reglamentarias de 2000 y ha venido plasmándose en los distintos reglamentos y posteriores modificaciones normativas adoptadas por la Corte.

Como es sabido, previo a las reformas de 2000, la Comisión decidía con mucha discreción los casos que sometía a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana y, dado que las víctimas no eran parte legítima en el proceso, su rol era periférico. Hoy en día, las más recientes reformas reglamentarias de la Corte, así como la práctica del tribunal otorgan a la Comisión una menor intervención ante la Corte, lo cual se ha visto reflejado en la participación que tiene en el proceso contencioso (particularmente en la presentación de prueba y en las audiencias públicas), así como en la sustitución de la instancia interamericana por una nueva figura, denominada "defensor interamericano". No obstante ello, y como se explica adelante, la Comisión IDH sigue siendo la instancia que remite los casos y delimita los hechos, lo cual conlleva algunas dificultades adicionales.

III. Sede de la Corte IDH (artículo 58)

1. Sede ordinaria

Una vez que se lograron las once ratificaciones requeridas para la entrada en vigencia de la Convención Americana, la Asamblea General de la OEA resolvió "[r]ecomendar que la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [fuera] establecida en su oportunidad en Costa Rica".[9] Dicha resolución fue reafirmada por el artículo 3 del Estatuto de la Corte, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 3. Sede:
>
> 1. La Corte tendrá su sede en San José, Costa Rica; sin embargo, podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo.
>
> 2. La sede de la Corte puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la OEA.

Desde 1979 (fecha en que se instaló la Corte Interamericana por vez primera), el tribunal ha tenido asiento en San José, Costa Rica, para lo cual se firmó un convenio con el gobierno costarricense[10] con

---

[8] El artículo 6 del reglamento actual prevé la conformación de una comisión permanente así como cualquiera otra que se estime pertinente para asuntos específicos.

[9] OEA. Asamblea General. Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución AG/RES.372 (VII-0/78), aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 1º de julio de 1978.

[10] El artículo 27 del Estatuto regula la necesidad de formalizar la relación con el país anfitrión de la sede de la Corte:
Artículo 27. Relaciones con el País Sede, con Estados y Organismos
1. Las relaciones de la Corte con el país sede serán reglamentadas mediante un acuerdo con sede. La sede de la Corte

el fin de dejar claramente establecidos los compromisos que asumía el país al permitir la instalación y funcionamiento regular de la Corte en su territorio.[11]

En tal documento (conocido como "Convenio Sede"), se prevén cuestiones relacionadas con la personería jurídica y la organización del tribunal interamericano (capítulo I); la capacidad legal, privilegios e inmunidades de la Corte (capítulo II); las inmunidades y privilegios tanto de sus jueces (capítulo III) como del secretariado (capítulo IV) y del personal del tribunal (capítulo V). El instrumento también incluye "prerrogativas de cortesía diplomática" (capítulo VI), contiene un capítulo sobre cuestiones migratorias (capítulo VII) y establece criterios sobre la contribución que hará el país al funcionamiento de la Corte.[12] Finalmente, el "Convenio Sede" reitera las inmunidades que se darán a las personas que comparecen ante la Corte (Capítulo XXX) y, de manera especialmente relevante, en el último apartado del documento se reconoce el mismo rango de obligatoriedad entre las decisiones de las autoridades costarricenses con "Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente […]".[13]

2. Sede extraordinaria

Desde hace varios años, la Corte Interamericana ha empezado a celebrar sesiones fuera de su sede en San José y dado que ello ha sido una práctica constante, la Corte decidió incluirla en sus últimas reformas reglamentarias.[14] El objetivo de tales actividades es acercar más el funcionamiento del tribunal a las personas que rara vez tenían acceso a él (aunque hoy en día las tecnologías de la información y la voluntad de la Corte han facilitado que las audiencias se puedan presenciar a través de su sitio *web*). La maduración de la idea inicial se narra de la siguiente manera:

> En el año 2004 la Corte Interamericana reflexionaba sobre la evolución que había venido experimentando el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos […] en general y su trabajo en particular y observaba la necesidad urgente de difundir y acercar más su quehacer a los diferentes actores nacionales de los países sobre los cuales tenía jurisdicción. Entonces el dilema era cómo hacer difusión del Sistema Interamericano en general y de su quehacer en particular en los diversos países, sin olvidar la función primordial a la que está llamada la Corte que es el despacho eficiente de los asuntos que llegan a su conocimiento. Bajo esta disyuntiva es que nació la idea de celebrar períodos extraordinarios de sesiones fuera de la sede, toda vez que esto le permitiría conjugar el despacho de los asuntos bajo su conocimiento y difundir el Sistema Interamericano, en especial su quehacer y jurisprudencia.[15]

---

tendrá carácter internacional.
2. Las relaciones de la Corte con los Estados, con la OEA y sus organismos y con otros organismos internacionales gubernamentales relacionados con la promoción y defensa de los derechos humanos, serán reguladas mediante acuerdos especiales.

[11] *Cfr.* Convenio de sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces, su personal y las personas que comparezcan ante ella (en adelante, "convenio sede"). Publicado en La Gaceta mediante ley No. 6889, de 2 de septiembre de 1983., http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf

[12] El "Convenio Sede" prevé lo siguiente:
Artículo 28. Como contribución del país sede al funcionamiento de la Corte, el Gobierno de la República de Costa Rica:
a) Continuará otorgando una subvención anual no inferior a la ya otorgada a la Corte en el primer año de su funcionamiento, incluida en la Ley de Presupuesto General de la República de Costa Rica para el año 1980.
b) Proporcionará a la Corte un local adecuado para su funcionamiento.

[13] *Cfr*. artículo 27 del "Convenio Sede" (eficacia de las resoluciones).

[14] "Artículo 13. Sesiones fuera de la sede. La Corte podrá reunirse en cualquier Estado miembro en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo".

[15] Saavedra Alessandri, Pablo, y Pacheco Arias, Gabriela. *Las sesiones "itinerantes" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*. IIJ UNAM, Pp. 37 in fine y 38, http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/8.pdf

La primera sesión con esta modalidad "de promoción" se llevó a cabo en 2005.[16] Desde entonces, la Corte ha sesionado en, al menos, 15 países del continente americano.[17] Estas audiencias se han venido celebrando en periodos extraordinarios de sesiones, adicionales a los cuatro periodos ordinarios en que sesiona la Corte al año, y con el financiamiento de la cooperación europea.[18]

La Corte usa sus periodos extraordinarios de sesiones para tener actividades académicas y para sostener reuniones con distintos funcionarios públicos. Asimismo, una de las reglas que ha mantenido desde el inicio, es que *no conocerá ningún asunto relacionado con el país en el que celebra su periodo de sesiones.*

IV. Secretaría de la Corte (artículo 59)

Tanto el Estatuto como el reglamento[19] de la Corte contienen disposiciones específicas en relación con el equipo de la Secretaría de la Corte. El primero de ellos prevé lo siguiente:

> Artículo 14. Secretaría
>
> 1. La Secretaría de la Corte funcionará bajo la inmediata autoridad del Secretario, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte.
>
> 2. El Secretario será nombrado por la Corte. Será funcionario de confianza de la misma, de dedicación exclusiva, tendrá su oficina en la sede y deberá asistir a las reuniones que la Corte celebre fuera de la misma.
>
> 3. Habrá un Secretario Adjunto que auxiliará al Secretario en sus labores y lo sustituirá en sus ausencias temporales.
>
> 4. El personal de la Secretaría será nombrado por el Secretario General de la OEA, en consulta con el Secretario de la Corte.

Asimismo, las atribuciones del Secretario también encuentran fundamento reglamentario en su artículo 10[20] y responden a la ejecución de las determinaciones del pleno o la presidencia, así como a las responsabilidades administrativas que se derivan del actuar diario del tribunal. En la historia de la Corte, ha habido tres secretarios: Charles Moyer, Manuel Ventura y Pablo Saavedra (quien aún se encuentra en

---

16 *Ibidem*, pág. 38.

17 La primera sesión se celebró en Paraguay (mayo, 2005). De acuerdo con los comunicados de la Corte Interamericana, el tribunal ha sesionado en: Brasil (marzo, 2006 y noviembre 2013), Argentina (abril, 2006), El Salvador (junio, 2006), Guatemala (mayo, 2011), Colombia (octubre, 2007 y agosto, 2011), Honduras (abril-mayo, 2008), Uruguay (agosto, 2008), México (diciembre, 2008 y octubre, 2013), República Dominicana (marzo-abril, 2009), Chile (abril, 2009), Bolivia (julio, 2009), Perú (abril, 2010), Ecuador (noviembre, 2010 y abril, 2012), Panamá (mayo, 2011), y Barbados (octubre 2011).. A estos países habrá que sumarle Estados Unidos, de acuerdo a Saavedra y Pacheco. *Ibidem*., pp. 38, 41, 42.

18 *Ibid.*

19 El reglamento vigente de la Corte establece el procedimiento de elección, tanto del Secretario/a como del Secretario/a adjunto/a. De igual manera, se prevén las formalidades para su nombramiento y se enlistan las atribuciones del Secretario Ver, reglamento de la Corte Interamericana, artículos 7 a 10 (Capítulo II: de la Secretaría).

20 Ese artículo establece lo siguiente:
Artículo 10. Atribuciones del Secretario. Son atribuciones del Secretario:
a. notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte;
b. llevar las actas de las sesiones de la Corte;
c. asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede;
d. tramitar la correspondencia de la Corte;
e. certificar la autenticidad de documentos;
f. dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones de la Presidencia;
g. preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte;
h. planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte;
i. ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por la Presidencia;
j. las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento.

funciones). Aunado a ello, existe una secretaría adjunta[21] (actualmente a cargo de Emilia Segares) y un grupo de abogados y abogadas que dan seguimiento permanente al mandato de la Corte Interamericana y que pueden asumir la responsabilidad temporal de la Secretaría por encargo previo y en ausencia de los dos primeros (artículo 8.3 del reglamento). Todas las personas que integran la Secretaría están obligadas a guardar reserva de los asuntos bajo conocimiento del tribunal, para lo cual prestarán un juramento ante quien presida la Corte (artículo 9 del reglamento).

En virtud de que los jueces de la Corte no prestan sus servicios a tiempo completo, el actuar de la Secretaría se torna fundamental, al igual que lo que ocurre con la Comisión Interamericana. No obstante ello, el reglamento de la Corte también establece la organización de sus integrantes a fin de que el tribunal cuente con una presidencia y vicepresidencia que se renuevan cada dos años.[22]

V. Estatuto y Reglamento (artículo 60)

La Corte Interamericana ha tenido 6 normas reglamentarias (1980, 1991, 1996, 2000, 2003 y 2009).[23] La modificación en la normativa de la Corte refleja la práctica y experiencia que ha tenido el tribunal en distintos ámbitos.

La evolución del contenido de los cuatro primeros reglamentos de la Corte ha sido explicada de la siguiente manera:

- El primer reglamento de la Corte (1980) tuvo una marcada influencia del reglamento de la Corte Internacional de Justicia, lo cual hacía que "el procedimiento, sobre todo para los casos contenciosos [fu]era particularmente lento".[24]
- El segundo reglamento (1991) empezó a establecer plazos que debían ser cumplidos por las partes involucradas en un proceso contencioso. "[f]ue el inicio de un proceso de racionalización y simplificación del procedimiento ante la Corte".[25]
- El tercer reglamento (1996) modificó algunos plazos del procedimiento contencioso (en atención a las diversas solicitudes de prórroga formuladas por las partes). Adicionalmente, este reglamento "precisó tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento ante el Tribunal [… y p]or primera vez, […] estableció los momentos procesales para que las partes presentaran la prueba correspondiente a las distintas etapas del procedimiento, dejando a salvo la posibilidad de presentación extemporánea de prueba en casos de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes".[26] Esta normativa también amplió la facultad del Tribunal de solicitar prueba para mejor resolver; incluyó diferentes modalidades de terminación anticipada del procedimiento; y eliminó trámites innecesarios como la convocatoria a audiencia para dar lectura a la sentencia. Empero, sin duda alguna, la modificación más importante se reflejó en la incipiente participación autónoma de las víctimas en la etapa de reparaciones del procedimiento contencioso, cuyos representantes "habían sido, en los últimos años, integrados a la delegación de la Comisión Interamericana con la designación eufemística de 'asistentes' de la misma".[27]
- La reforma del cuarto reglamento (2000) se dio después de distintas discusiones tanto técnicas como dentro del marco de la OEA. Esa modificación,

[21] *Cfr*. Artículo 8 del reglamento en vigor (secretario adjunto).

[22] Las atribuciones de ambas se encuentran reglamentadas, respectivamente, por los artículos 4 y 5 del reglamento vigente.

[23] Los textos completos están disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm

[24] Cançado Trindade, A.A. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ACNUR. San José. 2003, pág. 33.

[25] *Ibidem*, pág. 35.

[26] *Ibidem*, pág. 37.

[27] *Ibidem*, pág. 38. En el mismo sentido, ver, CEJIL. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. 2ª ed. actualizada. *Op. cit.*

> "[s]e hizo acompañar de propuestas concretas para perfeccionar y fortalecer el mecanismo de protección bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las alteraciones reglamentarias incidieron en la racionalización de los actos procesales, en materia probatoria y medidas provisionales de protección; pero la modificación de mayor trascendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte […].[28]

Otras reformas introducidas tenían por objeto asegurar una mayor celeridad en el proceso ante la Corte y fue así como bajo esta normativa se unieron las etapas de excepciones preliminares, fondo y reparaciones a fin de que el trámite (tanto escrito como oral) fuera más ágil y, salvo casos excepcionales, se pudiera emitir en una única sentencia en lugar de tres.

- Las modificaciones reglamentarias de 2003 se generaron en reacción a cuestiones surgidas a partir de la puesta en práctica del reglamento de 2000, sobre todo en lo relacionado con los plazos a ser respetados por las partes.[29] Asimismo, se incluyó la figura del *affidávit*; se estableció que la Comisión IDH fungiría como representante en caso de que las víctimas no tuvieran una representación legal; se concedieron algunas facultades a los jueces y al personal de la Secretaría; y se "abrió la posibilidad para que las medidas provisionales puedan ser solicitadas directamente a la Corte por las víctimas, sus familiares o representantes, cuando dichas medidas estén relacionadas con casos que ya se encuentran bajo el conocimiento de la Corte. Previo a esta reforma, la solicitud de adopción de medidas provisionales debía ser hecha en todos los casos por la Comisión".[30]
- Finalmente, las reformas de 2009 tuvieron como fin avanzar en la adopción de mayor terminología, incluir nuevas figuras (como el defensor público interamericano y el orden jurídico interamericano); y reglamentar tanto prácticas añejas (v.g. la presentación de escritos de *amicus curiae*[31] y el objeto de las pruebas rendidas en audiencia pública) como otras más actuales (p. e. las sesiones fuera de sede, publicidad de las audiencias y supervisión de fallos). Asimismo, se eliminó el término "familiar" de las víctimas en distintas disposiciones; se igualaron los plazos con que cuentan el Estado y las víctimas para presentar dos documentos iniciales (dos meses, respectivamente) y se restringió la oportunidad procesal para objetar testigos o peritos; se incluyó la importancia de que las víctimas también fueran protegidas (no sólo los declarantes); se facultó a la Secretaría de la Corte para realizar diligencias *motu proprio*; se restringió la figura del juez *ad hoc* para denuncias interestatales; y se amplió la facultad de la Corte en relación con otras figuras, como las medidas provisionales. No obstante, la reforma más trascendental tiene que ver con la disminución del rol de la CIDH en relación con el procedimiento contencioso.

A la luz del reglamento, existe una normativa que ha sido utilizada en distintos casos: el fondo de prueba, el cual será tratado en la sección correspondiente.

---

28 Cançado Trindade, A.A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit.,* pág. 46.

29 Algunos de esos plazos se ampliaron e hicieron improrrogables (v.g. la presentación del escrito original de las víctimas y la contestación del Estado demandado), mientras que otros se reglamentaron (como la presentación de anexos).

30 CEJIL. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. 2ª. ed. actualizada. *Op. cit.,* pág. 130.

31 Generalmente, la Corte empleaba el artículo relacionado con "otros actos del procedimiento escrito" para dar cabida a la presentación de amici". Como había sido explicado en su momento, "[l]a Corte recibe escritos de *amicus curiae* de manera regular, aunque no existe una disposición específica que regule su presentación". *Cfr*. Sepúlveda, Magdalena; Banning, Theo Van Banning; Gudmundsdottir, Gudrún; Chamoun, Christine. *Universal and regional human rights protection. Cases and commentaries.* University for Peace. San José. 2004, pág. 21 (Traducción libre). No obstante ello, hoy en día la Corte no sólo ha regulado la presentación de los mismos en una disposición concreta de su reglamento (el artículo 44), y distinguirlo de la posibilidad de que se puedan llevar a cabo otros actos del procedimiento escrito (art. 43), sino que por vez primera tal normativa incluye una definición de la figura al describirla como "la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia" (*Cfr.,* art. 2, "definiciones").

NOTA aclaratoria para el lector:

Para mayor coherencia temática, los comentarios a los artículos 61, 62, y 66-69 se agruparon, y se encuentran después del comentario al artículo 63. Por otro lado, los comentarios a los artículos 64 y 65 se encuentran después del comentario al artículo 69.

Sección 2 - Competencia y Funciones

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia 28 de Julio de 1988.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y costas. 21 de Julio de 1989.

Cote IDH. *Caso Bustíos-Rojas.* Medidas provisionales. Resolución de la Corte de 5 de Junio de 1990.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Surinam.* Reparaciones y costas. Sentencia 10 de Septiembre de 1993.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 21 de Enero de 1994.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela.* Reparaciones y costas. Sentencia 14 de Septiembre de 1996.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría vs. Perú.* Reparaciones y costas. Sentencia 19 de Septiembre de 1996.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua.* Recurso de revisión, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de Enero de 1997.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Reparaciones y costas. Sentencia 29 de Enero de 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia 24 de Enero de 1998.

Corte IDH. *Caso Benavides Ceballos vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 19 de junio de 1998.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.* Reparaciones y costas. Sentencia 27 de Agosto de 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú.* Reparaciones y costas. Sentencia 27 de Noviembre de 1998.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Reparaciones y costas. Sentencia 27 de Noviembre de 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 30 de Mayo de 1999.

Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 31 de Agosto de 2000.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 2 de Febrero de 2001.

Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 5 de Febrero de 2001.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Reparaciones y costas. Sentencia 3 de Diciembre de 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Sentencia 22 de Febrero de 2002.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte de 18 de Junio de 2002.

Corte IDH. *Caso Hilare, Constantine y Benajamin y otros. vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 21 de Junio de 2002.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela.* Reparaciones y costas. Sentencia 29 de Agosto de 2002.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2002.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 7 de Junio de 2003.

Corte IDH. *Caso Molina Thiesse vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia 3 de Julio de 2004.

Core IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 31 de Agosto de 2004.

Corte IDH. *Caso del Instituto de Rehabilitación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 2 de Septiembre de 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 7 de Septiembre de 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 18 de Noviembre de 2004.

Corte IDH. *Caso de la Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Reparaciones. Sentencia 19 de Noviembre de 2004.

Corte IDH. *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó.* Medidas provisionales. Resolución de la Corte de 17 de Noviembre de 2004.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 3 de Marzo de 2005.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de Junio de 2005.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia.* Sentencia 12 de Septiembre de 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Sentencia 15 de Septiembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Raxcacó vs. Guatemala.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de Septiembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 22 de Noviembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 22 de Noviembre de 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 1 de Julio 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 6 de abril de 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo reparaciones costas. Sentencia 26 Septiembre de 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 25 de Noviembre de 2006.

Corte IDH. *Caso la Cantuta vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de Noviembre de 2006.

Corte IDH. *Caso Masacre La Rochela vs. Colombia*. Sentencia 11 Mayo de 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 22 de Noviembre de 2007.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 12 de Agosto de 2008.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Interpretación de la sentencia. Sentencia 12 de agosto de 2008

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 26 de Noviembre de 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 27 de Noviembre de 2008.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 28 de Enero de 2009.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 28 de Enero de 2009.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 3 de Abril de 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 30 de Junio de 2009.

Cote IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros.* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte de 6 de Julio de 2009.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 19 de Septiembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 22 de Septiembre de 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 16 de Noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 23 Noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech vs. Guatemala*. Excepciones preliminaries, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 25 de Mayo de 2010.

Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 26 Mayo de 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 24 de Agosto de 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 30 de Agosto de 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 31 de Agosto de 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 23 Noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 24 Noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Centro Penitenciario Aragua "Cárcel de Tocorón"* Medidas provisionales. Resolución de 24 de Noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 26 de Noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia 24 Febrero de 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 1 de Julio de 2011.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 1 de julio de 2011.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 5 de Julio de 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 26 Agosto de 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 31 Agosto de 2011.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 13 de Octubre de 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 24 de febrero de 2012.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 27 de febrero de 2012.

Corte Permanente de Justicia Internacional

Judgment. No. 13, 8, 1927 Series A, No.9, Factory at Chorsow Jurisdiction.

Corte Internacional de Justicia

Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion ICJ Report, 1949.

Artículos y publicaciones académicos

BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos. Tomo I.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2008.

CORREA, Cristián. *Reparations for victims of massive crimes: making concrete a message of inclusion.* En: LETSCHERT, R, HAVEMAN R, BROUWER A.M. & PEMBERTON, A. *Victimological Approaches to international crimes: Africa,* Cambridge/ Antwerp/ Portland: Intersentia. 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo,* San José, Costa Rica, 2005.

HERENCIA CARRASCO, Salvador. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y STEINER, Christian (eds.). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional,* Fundación Konrad Adenauer, Berlín, Ciudad de México-Montevideo. 2011.

NASH ROJAS, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)* Centro de Derechos Humanos. *Segunda Edición,* Universidad de Chile, Santiago. 2009.

RUBIO-MARÍN, Ruth, SANDOVAL, Clara and DÍAZ, Catalina. *Repairing family members: Gross Human Rights Violations and Communities of Harm.* RUBIO-MARÍN, Ruth. *The Gender of Reparations: Unsetting sexual hierarchies while redressing Human Rights Violations.* Cambridge University Press, New York. 2009.

TOMUSCHAT, Christian. *Reparations for victims of grave human rights violations. Tulane Journal of International Comparative Law.* Vol. 10, Spring 2002.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON, María Paula. *Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática.* En: DÍAZ GÓMEZ, Catalina, SÁNCHEZ, Nelson Camilo y UPRIMNY YEPES, Rogrigo (eds). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión.* Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). Bogotá, 2009.

Otras autoridades y fuentes

Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe anual de 2011. San José, 2011.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005.

Comité de Derechos Humanos. 80 Periodo de Sesiones. Observación General No. 31.

Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. A/RES/56/83. 28 de Enero de 2002.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada.

Índice

I. Introducción

El artículo 63 de la CADH establece tres facultades que la Corte IDH puede ejercer cuando conozca de algún asunto: la de disponer el *goce de los derechos conculcados* a favor de quienes la Corte declare han sido afectados en ellos; la de ordenar la *reparación* de los mismos; y la de adoptar *medidas provisionales* para evitar daños irreparables a las personas. Se trata de una norma de orden adjetivo, referida a la competencia y funciones de la Corte, y no de la parte sustantiva de la Convención, donde se declaran los deberes de los Estados parte. No obstante, ellas son expresión de principios establecidos en el derecho internacional y que son consecuencia lógica del incumplimiento de los referidos deberes, como son la obligación de reparar y la de adoptar medidas provisorias de protección, indispensables para no hacer ineficaz la resolución de fondo. En virtud de esta norma se establecen consecuencias concretas y obligatorias para los Estados parte, que otorgan efectividad al sistema interamericano de derechos humanos y lo diferencian de otros sistemas internacionales de protección de derechos.

La Corte ha hecho un uso intensivo de estas facultades, particularmente en relación a las medidas de reparación, logrando así un impacto sustancial en la vigencia de los derechos humanos en el continente.

Su jurisprudencia también ha ayudado a definir y a reforzar el contenido de la obligación de garantizar y de reparar que tienen los Estados frente a sus ciudadanos más allá de aquellos que son partes de la Convención. La jurisprudencia de la Corte ha sido recogida como una de las fuentes para la elaboración de normas universales sobre el derecho a la reparación de violaciones a los derechos humanos, como son los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (en adelante, los *Principios Básicos del Derecho a Reparación*), aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[1] Por ello se trata de una norma que ha tenido un impacto significativo en el derecho internacional, habiendo ayudado a reforzar su vigencia y relevancia.

Esta sección examinará primero la forma como el derecho a la reparación de violaciones a los derechos humanos está consagrado y ha sido desarrollado por diferentes mecanismos de protección de éstos, resaltando las características distintivas de la protección que ha otorgado la Corte IDH. Luego, para un estudio más en detalle de la forma como la Corte ha interpretado y aplicado esta norma, se explicarán las condiciones que la Corte ha exigido para otorgar reparaciones. Más adelante se presentará la forma como la Corte ha entendido la facultad contenida en el artículo 63.1, particularmente la distinción entre la *obligación* de la Corte de disponer que se garanticen los derechos lesionados, y la *facultad* de disponer reparaciones. Ello permitirá luego estudiar las diversas formas de reparación que la Corte ha desarrollado en más de veinte años de jurisprudencia, explicando cómo ellas han evolucionado y se han complejizado, en un proceso de progresivo acercamiento a responder a las consecuencias que las violaciones a los derechos humanos tienen en la vida de las víctimas. Se espera así no sólo contribuir a la comprensión de cómo la Corte entiende la obligación de parte de los Estados de reparar violaciones a los derechos humanos de que es responsable, sino también para contribuir al raciocinio que jueces, abogados y operadores del derecho puedan hacer para responder a las expectativas de reparación de víctimas de cualquier tipo de crimen.

II. La obligación de reparar violaciones a los derechos humanos

1. Consagración convencional de la obligación de reparar

La CADH no dispone de una norma general que consagre la obligación de los Estados de proveer de reparaciones a las víctimas de las violaciones establecidas en ella. Esta obligación tampoco está explícitamente consagrada en otros instrumentos de derecho internacional convencional para todo tipo de violaciones. La forma en la que usualmente este derecho está consagrado es como la obligación de los Estados de establecer en su derecho interno *recursos efectivos* a las víctimas, dentro de los cuales diferentes órganos de implementación de estas convenciones han entendido que se comprende el recurso a obtener reparación.

En el caso de la Convención Americana esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 25, que establece un derecho general a la protección, a través de "un recurso sencillo y rápido […] ante los jueces o tribunales competentes". La protección no sólo se limita a los derechos consagrados por la Convención, sino "contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención". Este derecho se vincula estrechamente con las facultades que la Corte tiene en virtud del artículo 63 de la Convención, como se verá cuando se analicen los diferentes componentes de esta norma. Una norma similar, el artículo 2.3, letra a), del PIDCP, ha sido entendida por el Comité de

[1] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005. Para los efectos de la jurisprudencia de la Corte en la elaboración de los Principios y Directrices Básicos, ver el Informe van Boven sobre el Estudio Relativo al Derecho a Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, presentado en el 45º periodo de sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993.

Derechos Humanos de Naciones Unidas como la consagración de la obligación de reparar. El Comité ha dicho que “si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple”.[2] Esto permite afirmar que la obligación de los Estados de reparar violaciones a los derechos humanos *deriva de su obligación general de garantizar* dichos derechos.

Para algunas violaciones, no obstante, la Convención Americana explícitamente consagra la obligación de reparar, como lo hacen el artículo 10, referido a la condena por error judicial,[3] y el artículo 21, para el caso de expropiación. También existen disposiciones que establecen la obligación de incorporar en la legislación interna normas que garanticen la reparación en casos de tortura y desaparición forzada en tratados especiales sobre esta materia, tanto del Sistema Interamericano como del Universal.[4]

La existencia de normas que expresamente consagran esta obligación sólo respecto de ciertas violaciones hace dudar que la obligación de reparar sea universalmente aceptada para todo tipo de violaciones. El texto del artículo 63.1 de la Convención, y más aún su homólogo, el artículo 41 del CEDH refuerzan este cuestionamiento, pues ambos instrumentos someten el examen sobre la pertinencia de la reparación a una *evaluación sobre su procedencia*, aún cuando ya haya sido establecida la existencia de una violación.[5] Sin embargo, debe considerarse también la evolución que ha experimentado esta obligación en las últimas décadas, considerando que las convenciones generales mencionadas son muy anteriores a aquellas que sí contienen disposiciones específicas sobre la obligación de reparar.[6] Además, más allá de las disquisiciones teóricas, para resolver esta pregunta en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, deben examinarse los tipos de violaciones por las que la Corte ha otorgado o negado reparación, y las formas de reparación que ella ha dispuesto, es decir, *la forma como la Corte ha usado la discrecionalidad* que el artículo 63.1 le otorga.

2. El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte, haciendo aplicación del artículo 63.1, ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre el derecho a la reparación. Ha fundamentado este derecho no sólo en la aplicación de principios provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como la DADDH, la Carta de la OEA, o la misma CADH, sino *del principio proveniente del derecho internacional público sobre la responsabilidad de los Estados ante el incumplimiento de sus obligaciones*. Ha afirmado que la obligación de los Estados de reparar las violaciones a derechos humanos cometidas, y en concreto lo dispuesto por el artículo 63.1 de la Convención “constituye una norma *consuetudinaria* que es, además, uno de los principios

2 Comité de Derechos Humanos. 80º periodo de sesiones. Observación General Nº 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, aprobada en la 2187ª sesión, el 29 de marzo de 2004, párrafo 16.

3 Esta es una norma idéntica a la establecida en el artículo 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es la única disposición de dicho Pacto que establece el derecho a indemnización. En ambos casos se trata de una obligación de los Estados de regular por ley, es decir, no de una obligación autoejecutable (*self-executing*).

4 Contempladas en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes; el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y recientemente el artículo 24.5 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, que contempla una completa descripción de medidas de reparación y de reconocimiento de la verdad.

5 La jurisprudencia de la Corte sobre la existencia de una obligación universal de reparar ha sido criticada por Tomuschat por pretender concluir la existencia de un derecho subjetivo de las víctimas de cualquier violación de derechos humanos a un recurso en el derecho internacional. Según el autor, la Corte ha interpretado que el artículo 63 de la Convención hace aplicable el principio general de la obligación de proveer de reparación en caso de violación de un tratado internacional a cualquier violación de la Convención. Este error se debería según Tomuschat, a que la Corte ha conocido casi exclusivamente de violaciones gravísimas de derechos. “Como resultado, la Corte no ha tenido la oportunidad de introducir las distinciones necesarias de acuerdo a la gravedad de los casos que ha conocido”. Ver Tomuschat, Christian. Reparations for victims of grave human rights violations. Tulane Journal of International Comparative Law, vol. 10, spring 2002, page 168.

6 El Convenio Europeo fue aprobado en 1950, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en 1966, y la Convención Americana en 1969. Por su parte, las convenciones que prohíben la tortura fueron aprobadas en 1984 y 1985, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada en 2006.

fundamentales del derecho de gentes".[7] Este carácter universal de la obligación de reparar ha hecho más relevante aún la jurisprudencia de la Corte, la que ha contribuido al desarrollo de la conceptualización e implicancias de esta obligación en el derecho internacional de aplicación universal.

Desde su primer caso de carácter contencioso la Corte ha entendido la obligación de los Estados de reparar a las víctimas de sus infracciones a la Convención como una obligación *fundada en el derecho internacional púbico, y regulada enteramente por éste.* Parafraseando la decisión de la Corte en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,*[8] que ha sido reafirmada en forma constante por su jurisprudencia posterior, los principios en los que se basa esta obligación han sido definidos como los siguientes:

- Toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta un deber de repararlo adecuadamente. La Corte ha incluso señalado que esta es una concepción general del derecho, y ha afirmado esta postura en una decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y en otra de su sucesora, la CIJ;[9]
- La reparación del daño consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral; la liquidación de este último debe ajustarse a los principios de la equidad;
- La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en los instrumentos internacionales de carácter universal y regional. La Corte se basa en los repetidos pronunciamientos hechos por el Comité de Derechos Humanos sobre el pago de violaciones a los derechos reconocidos en el PIDCP, en base a su Protocolo Facultativo, y por la jurisprudencia del TEDH,
- La Corte debe fundamentar su decisión para fijar la indemnización enteramente en la Convención Americana y los principios de derecho internacional aplicables, y no está condicionada a las disposiciones del derecho interno.[10]

Estos principios están presentes en prácticamente todas las sentencias de la Corte en las que se establece que ha habido una violación a la convención que ha producido un daño. Ellos son citados, con escasos cambios en su formulación, en forma constante.

No obstante, además de la jurisprudencia de diferentes órganos de protección de los derechos humanos en el sistema universal y en los sistemas interamericano y europeo, diferentes órganos de las Naciones Unidas han reconocido, en los últimos años, la existencia de la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos. Ello se desprende expresamente de los Principios Básicos del Derecho a Reparación, ya citados, y que precisamente en su preámbulo señalan que los Principios y directrices básicos que figuran en el presente documento no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de

7 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam.* Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº. 15, párr. 43. Destacado del autor.

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº. 7, párrs. 25 a 31.

9 Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment No. 13, 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, *Factory at Chorzow*, Jurisdiction, pág. 21; y Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, *Factory at Chorzow*, Merits, pág. 29; y Corte Internacional de Justicia, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184, citadas en ibíd., párr. 25. Cabe hacer notar, no obstante, que esta última decisión no se refiere a un caso contencioso, sino a una opinion consultiva de la Corte.

10 La Corte ha sido clara en afirmar el principio de inadmisibilidad del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, consagrado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (U.N. Doc. A/CONF.39/27 de 1969) tanto en materia de su autonomía del derecho interno para determinar las formas de reparación como para afirmar que las disposiciones de derecho interno no deben ser obstáculo para cumplir con la obligación de investigar las violaciones a la Convención cuya existencia ella ha determinado.

derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido.

En consecuencia, aún cuando pueda discutirse sobre el carácter de las personas naturales como sujetos de derecho en el derecho internacional, ello no implica que se pueda negar que los Estados que cometen violaciones graves a los derechos humanos no se encuentran obligados a proveer *de recursos efectivos* a las víctimas, entre los que se incluyen la *reparación de las consecuencias de las violaciones cometidas*. Sin embargo, si bien dichos recursos y la obligación de reparar están sometidos a ciertos estándares que ha definido el derecho internacional, la obligación se refiere a la *implementación de mecanismos a nivel interno.* Ello se desprende de la lectura conjunta de la jurisprudencia de la Corte en aplicación del artículo 63.1, así como de su jurisprudencia relativa a la obligación de proveer de un recurso efectivo y rápido a las víctimas de violaciones (art. 25) y de la obligación de incorporar al derecho interno las garantías para el ejercicio de los derechos y libertades establecido por la Convención.

La gran virtud del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es que ha establecido un *mecanismo obligatorio supranacional* que permite a personas naturales reclamar cuando los recursos internos no han funcionado, y obtener decisiones que contienen medidas concretas de reparación, y que los Estados se sienten obligados a ejecutar y han solido cumplir. No obstante, ello no significa que todas las personas que estimen lesionados sus derechos obtendrán una reparación, pues la obligación de los Estados a reparar está aún sujeta al análisis de admisibilidad que realiza la Comisión IDH, y la discrecionalidad que tiene la Corte para disponer la reparación de perjuicios, como se verá a continuación. Pero *la discrecionalidad* inherente de este recurso supranacional (en cuanto a las medidas específicas que se determinen para la reparación de la violación), *no niega la existencia de la obligación de los Estados de reparar,* mediante sus mecanismos internos, las consecuencias de sus actos u omisiones que conculquen los derechos internacionalmente reconocidos.

Otra de las virtudes del Sistema Interamericano y de la jurisprudencia de la Corte en esta materia ha sido el desarrollo de estos principios y su concreción en soluciones prácticas. Ello ha contribuido a *incrementar el respeto de los derechos humanos* y la existencia de mecanismos nacionales para su protección protección a lo largo de la región.[11] Ello constituye no sólo herramientas para definir la forma de reparar violaciones a los derechos humanos cometidas por los Estados, sino también para mejorar el sistema general de protección de todo tipo de víctimas de delitos, gracias al desarrollo de modalidades de reparación sobre el daño inmaterial, la pérdida de oportunidades y otros factores que la Corte ha utilizado para apoyar sus decisiones.

III. Condiciones para la existencia de la obligación de reparar

El artículo 63.1 impone como condición para que la Corte disponga de medidas de reparación el haber decidido "*que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención*". Esto implica hacer un análisis de cuáles de las disposiciones de la Convención han sido violadas. También exige que dicha violación sea *imputable al Estado.* Un tercer elemento es la *existencia de un daño* sufrido por la víctima, y respecto del cual se demanda reparación. Sin embargo, como se verá, esta tercera condición no ha sido siempre requerida.

[11] Para una visión general del impacto reparador del Sistema Interamericano, basado en las opiniones de sus actores, ver Beristain, Carlos Martín, Diálogos sobre la reparación: Experiencias en el sistema interamericanos de derechos humanos. Tomo 1. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008.

1. Determinación sobre la existencia de una violación a un derecho protegido por la CADH

Esta determinación es parte del análisis de fondo de las sentencias de la Corte, y que serán tratadas en las demás secciones de este estudio. Precisamente el cuerpo de la parte considerativa de las sentencias es el análisis de las violaciones a las diferentes disposiciones de la Convención, como puede observarse en ellas. Es ello precisamente uno de los aspectos interesantes del estudio de la jurisprudencia de la Corte, particularmente la más reciente, pues su análisis permite hacer el vínculo entre las diferentes secuelas de cada una de las violaciones de derechos establecidas y las medidas de reparación que se disponen.

Cabe precisar, sin embargo, que la existencia de una violación puede darse por acciones u omisiones, y puede referirse tanto a violaciones de las obligaciones negativas, de respetar y, por tanto, de abstenerse de hacer; como positivas, de promover y garantizar, de acuerdo al artículo 1.1 de la Convención. Tiene especial relevancia destacar que la Corte también ha afirmado que existe violación de un derecho protegido por la Convención cuando el Estado no ha adecuado su legislación. Es así como ha dicho que:

> El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[12]

En estos casos la Corte ha ordenado reformar las normas violatorias de la Convención.

2. Imputación del hecho u omisión al Estado

Las normas sobre imputación de un hecho al Estado han sido desarrolladas por el derecho internacional, encontrándose codificadas por la Comisión de Derecho Internacional. Ellas incluyen la responsabilidad del Estado por actos de cualquiera de sus poderes, *Ejecutivo, Legislativo o Judicial*, o por órganos del *gobierno central o una división territorial;*[13] por personas que no siendo parte de dichos órganos *ejerza atribuciones del poder público;*[14] y aún cuando estos órganos o personas *se excedan en sus atribuciones.*[15]

La Corte ha hecho aplicación de estos mismos principios. En su primer caso contencioso, definió con extensión estas materias, estableciendo:

> 169. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.
>
> 170. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

[12] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, Nº. 52, párr. 207.

[13] Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución A/RES/56/83 de 28 de enero de 2002, artículo 4.

[14] *Ibidem*, artículo 5.

[15] *Ibidem*, artículo 7.

> 171. El mencionado principio se adecúa perfectamente a la naturaleza de la Convención, que se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención.
>
> 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[16]

Esta jurisprudencia ha sido consistentemente reafirmada y reforzada mediante fallos consistentes en los más de 20 años desde que fue establecida.

La Corte también ha afirmado la responsabilidad del Estado en las acciones de personas que no son funcionarios públicos, pero que actúan como agentes del Estado. Para ello consideró factores como la existencia de una relación institucional con el Ejército, la realización de acciones de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas, el recibir recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas, y operar bajo su supervisión. En base a ello la Corte ha dictaminado que las acciones de estos grupos son imputables al Estado.[17]

Recientemente, la Corte se ha pronunciado sobre la violación de derechos consagrados por la Convención por la *omisión* del Estado de disponer medidas de garantía y protección de las víctimas, en un caso referido a secuestro, violación y asesinato de mujeres por parte de personas que no se ha establecido que fueran agentes del Estado. La Corte concluyó que aún a pesar del contexto de incremento de asesinatos a mujeres jóvenes secuestradas en Ciudad Juárez, del cual

> surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres […] el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y […] no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a su privación de libertad.[18]

Sin embargo, esto no permite afirmar la existencia de responsabilidad del Estado por cualquier acto criminal que se comete en éste. Las condiciones impuestas por la Corte han sido muy específicas y exigentes, habiendo considera cuidadosamente en contexto en que los secuestros y muertes ocurrieron. Ellas implican:

1. La existencia de una *obligación específica de prevención*, como la dispuesta por la Convención Belém do Pará, que incluye la obligación de adoptar medidas para prevenir la violencia contra la mujer; y
2. Un *contexto de amenaza concreto* que permitía presumir que mujeres jóvenes desaparecidas podían estar secuestradas y ser víctimas de agresiones.

---

[16] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 28 de julio de 1988. Serie C Nº. 4,

[17] Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C Nº. 36, párrs. 76 y 78.

[18] Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción preliminar. fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº. 205, párrs. 283 y 284.

La existencia de estas condiciones implicaba, en el caso dado, que la desaparición de mujeres jóvenes podía presumiblemente deberse a su secuestro, y que en esas condiciones estaban en grave riesgo. Es en ese contexto que la falta de adopción de medidas adecuadas de búsqueda de las víctimas, luego que su desaparición le fuera comunicada a las autoridades, que la Corte condenó al Estado por violación a los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, en relación con la obligación general de garantía y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.[19]

3. Existencia de un daño

Es menos claro que la Corte exija la existencia de un daño, y por tanto de una víctima, para determinar que existe una obligación de reparar.[20] Frecuentemente, en las sentencias de fondo, *la Corte concluye que existe dicha obligación sin examinar el daño.* Éste es evaluado al momento de discutirse la forma y cuantía de la reparación, así como la identificación de beneficiarios. Por ello, puede ser más correcto afirmar que la Corte no exige este requisito para determinar la existencia de la obligación de reparar, sino para efectos de determinar la modalidad de reparación material. Aún más, la Corte ha dispuesto en un caso el pago de una indemnización por daño inmaterial "por la falta de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad comunal",[21] no habiéndose acreditado que ello haya significado un perjuicio material directo.

Más allá de este caso particular, este requisito sí es exigido para determinar la reparación material que cada víctima, parte lesionada o familiar debe recibir. Sin embargo, los requisitos varían de acuerdo a las modalidades específicas de reparación, como se verá más adelante.

IV. El contenido de la obligación de reparar en el artículo 63 de la CADH

La obligación de reparar en la Convención está establecida como una obligación que impone la Corte cuando decide que se ha vulnerado un derecho establecido por ella. Ella comprende dos situaciones, descritas en la primera y en la segunda oración del artículo 63.1: la *obligación de garantizar los derechos o libertades conculcados, y la obligación de reparar* tales violaciones.

Sin embargo, esta distinción ha sido, en parte, superada en la jurisprudencia de la Corte por aquella que se basa en una noción de reparación integral, y que comprende medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Recientemente, en sus informes anuales de 2010 y 2011 la Corte ha incluido una definición de cada una de estas medidas, las que entiende como:

Medidas de restitución

Estas medidas implican el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de que ocurriera la violación. La restitución como forma de reparación contempla medidas tales como: a) el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y cancelación de los registros correspondientes, y f) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.

[19] *Ibidem*, párr. 286.

[20] Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988-2007). Segunda edición. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, 2009, página 18.

[21] Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 200. Serie C Nº. 79, párr. 167. No obstante, en su voto disidente, el juez ad-hoc Montiel Arguello, argumentó que tampoco correspondía imponer indemnización por daño inmaterial "porque la falta de delimitación de las tierras no ha afectado el sistema de vida tradicional de los indígenas de la Comunidad Awas Tingni". Párr. 9.

Medidas de rehabilitación

Son aquellas medidas destinadas a brindar atención médica y psicológica necesaria para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, lo cual deben hacer de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos, y en su caso, suministro de bienes y servicios.

Medidas de satisfacción

Estas medidas se encuentran dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufrimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprenden asimismo, entre otros, actos u obras de alcance o repercusión pública, actos de reconocimiento de responsabilidad, disculpas públicas a favor de las víctimas y actos de conmemoración de las víctimas, pretendiendo de esta manera la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.

En este sentido, algunos ejemplos de medidas de satisfacción son los siguientes: a) acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio a la memoria de las víctimas; b) publicación o difusión de la sentencia de la Corte; c) medidas en conmemoración de las víctimas o de los hechos; d) becas de estudio o conmemorativas; y e) implementación de programas sociales.

Garantías de no repetición

Éstas son medidas tendientes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso, materia de estudio de la Corte. Estas garantías tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso pero también otros miembros y grupos de la sociedad. Las garantías de no repetición se pueden dividir a su vez en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber: a) medidas de adecuación de la legislación interna a los parámetros convencionales; b) capacitación a funcionarios públicos en derechos humanos; y c) adopción de otras medidas para garantizar la no repetición de violaciones.

Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar

Se trata de la obligación que tienen los Estados de garantizar la investigación efectiva de los hechos violatorios y, en su caso, determinar los autores materiales e intelectuales de los mismos, así como aplicar las sanciones correspondientes. Esta obligación implica también la realización de investigaciones administrativas con el fin de sancionar a las personas que hayan obstaculizado los procesos internos. Asimismo, dentro de esta obligación los Estados, de ser el caso, deben determinar el paradero de las víctimas cuando éste es desconocido. Así, el Estado debe remover todos los obstáculos, de *facto* y de *jure*, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos violatorios. El cumplimiento de esta obligación, a su vez, contribuye a la reparación de las víctimas y sus familiares.[22]

Estos conceptos han sido desarrollados por la Corte en su esfuerzo por responder a las secuelas que las víctimas experimentan a partir de las violaciones sufridas, así como a los planteamientos que ellas y la Comisión hacen respecto de sus expectativas de reparación. Ellos coinciden además con la evolución, desarrollada en diálogo con este proceso, que el concepto de reparación ha tenido en el sistema universal de protección a los derechos humanos, y que se ha plasmado en los Principios Básicos del Derecho a Reparación de Naciones Unidas.

No obstante, aún a pesar de la utilidad de estas distinciones, es importante, para explicar el contenido de la obligación de reparar establecida en el artículo 63.1 de la Convención, utilizar la distinción que

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2011, San José, 2011, páginas 18 y 19.

esta norma hace entre la obligación de garantizar los derechos y libertades conculcados y la obligación de reparar.

1. La obligación de garantizar los derechos o libertades conculcados

Esta constituye la primera y más inmediata consecuencia que, según el artículo 63.1 de la Convención, la Corte *debe* disponer cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por aquélla. Esta es una consecuencia necesaria de la determinación sobre la existencia de una violación, y no condicionada a un análisis sobre su procedencia, como ocurre con la facultad de disponer medidas de reparación. Ello implica que la Corte debiera disponer de medidas de esta naturaleza en toda ocasión que concluye sobre la existencia de una violación, y aún cuando ellas no sean solicitadas por las partes o por la Comisión.

Así lo ha hecho la Corte, y las medidas que ha dispuesto en este ámbito tienen gran relevancia desde el punto de vista de garantizar los derechos no sólo de las víctimas, sino de todas las personas. Las medidas varían en cada caso, pero la Corte ha hecho un profuso uso de sus atribuciones para ordenar la adecuación de la legislación interna a las obligaciones que la Convención dispone, en virtud del artículo 2.

En sus sentencias iniciales, la Corte distinguía claramente entre medidas para garantizar los derechos conculcados y medidas de reparación. Sin embargo, con posterioridad la Corte ha dispuesto medidas cuya naturaleza es la de garantizar dichos derechos, como formas de *restitución*. Ello es especialmente observable en casos no de restitución material, sino referidos al “restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”, que es como definen los Principios Básicos del Derecho a Reparación de Naciones Unidas este derecho.[23]

Las medidas para garantizar el goce de derechos también han sido entendidas como formas de *satisfacción* o como *garantías de no repetición*,[24] las que pueden tener un alcance general. Precisamente este es el motivo principal que mueve a muchos litigantes, y que se expresa más claramente en aquellos casos en los que no hay una víctima directa y que se refieren a derechos o intereses difusos.[25] La aparente confusión que hace la Corte entre medidas para garantizar los derechos o libertades conculcados y medidas de restitución o de garantías de no repetición no tiene importancia práctica, y ella es más bien el fruto de la evolución de su jurisprudencia. Lo que sí es relevante es el empleo de un abanico de medidas que en su conjunto persiguen el objetivo doble de garantizar dichos derechos y, en los aspectos en que ello no es posible o insuficiente, reparar. *No obstante, esta confusión puede constituir un problema si en razón de ella se llegara a desconocer que las medidas cuya naturaleza se refiere a garantizar el goce de derechos conculcados no son de evaluación discrecional por parte de la Corte, sino le son obligatorias.*

Las formas como la Corte ha dispuesto la garantía del goce de los derechos conculcados es muy diversa, dependiendo de la forma de violación cometida en cada caso. Una de ellas se refiere al *acceso a la protección judicial*. La Corte ha declarado la obligación de los Estados de “subsanar la demora”[26] en la resolución de un recurso judicial, en el marco de la investigación de un crimen, al determinar que se violó en dicho caso el derecho de las personas a “ser oída [...] dentro de un plazo razonable”, consagrado el artículo 8.1 de la Convención. Ha declarado también que, en un caso de desaparición forzada,

[23] Principios Básicos del Derecho a Reparación, *supra* nota 1, principio 19.

[24] Principios Básicos del Derecho a Reparación, *supra* nota 1, principios 22 y 23.

[25] Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, Nº. 73, párrs. 98 y 99. En ella las medidas de reparación dictaminadas consistieron en ordenar la modificación del ordenamiento jurídico interno en relación a la existencia de censura, pero no de la imposición de otras formas de reparación a favor de ninguna persona en particular.

[26] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Recurso de revisión, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº. 30, párr. 96.

además de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de la víctima, el Estado había violado el derecho de ésta y de sus familiares a un recurso efectivo, en particular "por la ineficacia del recurso de hábeas corpus para lograr la libertad de éste, y quizás para salvar su vida".[27] En base a ello la Corte dispuso, "como medida de reparación a favor de dichos familiares, la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de los hechos que motivaron la demanda".[28] El argumento implícito es que la investigación y sanción no sólo conforman parte de una reparación, entendida como satisfacción, de acuerdo al lenguaje de los Principios Básicos sobre el Derecho a la Reparación, sino que, también garantizan el derecho a un recurso efectivo y rápido violado. Ello es particularmente relevante en casos de desaparición forzada, donde la conducta criminal no sólo atenta contra la libertad, integridad física y psíquica, y vida de la víctima, sino también contra su derecho y el de sus familiares a la protección judicial, como también lo ha establecido la Corte.[29]

Garantizar el goce de derechos incluye ciertamente el ser juzgado por un *tribunal imparcial* y con pleno respeto a las garantías del *debido proceso*. Un caso interesante se refiere a una persona acusada de terrorismo, víctima de violaciones al debido proceso, la libertad personal, las garantías judiciales y la integridad personal, y cuyo proceso arbitrario fue anulado *motu proprio* por el Estado, el cual inició un nuevo proceso judicial. El caso fue sometido a la Corte en razón de que aún en este nuevo proceso la víctima permanecía privada de libertad. Durante la tramitación del juicio ante la Corte Interamericana le fue otorgada la libertad provisional. En dichas circunstancias, el la Corte dispuso que "el Estado debe observar el principio de legalidad y de irretroactividad […] y las exigencias del debido proceso legal en el nuevo proceso".[30] Sin embargo, con posterioridad la víctima fue condenada y se ordenó su captura para cumplir la nueva sentencia. El asunto está siendo aún revisado por la Corte a través de sus mecanismos de supervisión de sentencias, dado que el nuevo juicio no habría cumplido con lo dispuesto por la Corte en materia de observar el principio de legalidad, irretroactividad y las exigencias del debido proceso legal.[31]

Una situación similar en el que la Corte declaró la invalidez de un proceso judicial, ordenó "que se les garantice [a las víctimas] un nuevo juicio con plena observancia al debido proceso penal".[32] Así se hizo y luego de doce años de supervisar el cumplimiento de lo resuelto la Corte lo dio por cumplido.[33]

Otras situaciones en las que la Corte ha dispuesto que el Estado responsable de una violación deba garantizar los derechos conculcados se refieren a casos de exoneraciones o destituciones arbitrarias, en los que la Corte ha ordenado la *reinstalación en el empleo* bajo las mismas condiciones que antes de la exoneración.[34] En una situación similar, la Corte reconoció en un caso de privación de nacionalidad,

---

[27] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C Nº. 43, párr. 70.

[28] *Ibid*.

[29] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C Nº. 202, párrs. 59 a 103.

[30] Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C Nº. 115, párr. 188, parte dispositiva, Nº. 1.

[31] Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia y solicitud de adopción de medidas provisionales. Resolución de 1 de septiembre de 2010.

[32] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* 12, párr. 226.13.

[33] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011.

[34] En uno de ellos, referidos a 270 trabajadores y líderes sindicales despedidos, la Corte dispuso "que el Estado está obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten sus condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº. 72, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 203). En otro caso, referido a magistrados de la Corte Constitucional del Perú, la Corte consideró que, habiendo sido ellos reinstalados en sus cargos, por disposición del Congreso de la República, el Estado había cumplido con su obligación de garantizar el derecho conculcado. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº. 71, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 120.

que habiendo el Estado aceptado la recomendación de la Comisión, mediante la *anulación de la resolución de privación de nacionalidad*, éste había dado cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho conculcado,[35] disponiendo, además, medidas de reparación a ser definidas de acuerdo al derecho interno.[36]

La Corte ha entendido como parte de la restitución de derechos no sólo que corresponde ordenar la libertad de una persona detenida, sino también ha dispuesto *que se reconozca en forma expresa que la libertad que se concedió a la víctima es definitiva y no está sujeta a condición ni restricción alguna*.[37] También ha reconocido los *derechos laborales* de una víctima privada de libertad en forma arbitraria, declarando que

> el Estado está en la obligación de realizar todas las gestiones necesarias, dentro del ámbito de su competencia, para reincorporar a la víctima a las actividades docentes que venía desarrollando en instituciones públicas al momento de su detención [lo que incluye] reinscribir a la víctima en el correspondiente registro de jubilaciones, con efecto retroactivo a la fecha en que fue excluida del mismo y asegurarle el pleno goce de su derecho a la jubilación, en las condiciones en que lo tenía antes de su detención.[38]

Adicionalmente, la Corte ha afirmado que esta obligación debe comprender la reincorporación a las antiguas labores, pero, considerando el estado de salud de la víctima, la Corte reconoció que ello era difícil.

> Por esta razón, la Corte considera que el Estado está en la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que la víctima reciba sus salarios, garantías sociales y laborales a partir de la fecha de emisión de esta sentencia y hasta que se encuentre en condiciones de reincorporarse efectivamente al servicio docente.[39]

Otra forma de garantizar el goce de los derechos conculcados es la *anulación de los antecedentes penales* de una víctima que ha sido objeto de detención y persecución penal arbitraria, así como la anulación de los respectivos procesos, lo que también puede ser entendido como una forma de restitución. La Corte al respecto ha afirmado que

> De acuerdo con el artículo 68 de la Convención Americana, los Estados partes 'se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes'. En consecuencia, el Perú está en la obligación de adoptar todas las medidas de derecho interno que se deriven de la declaración de que el segundo proceso [penal] a que fue sometida la víctima fue violatorio de la Convención. Por este motivo, ninguna resolución adversa emitida en este proceso debe producir efecto legal alguno, de lo cual se deriva la anulación de todos los antecedentes respectivos.[40]

Si bien no está explicitado en la decisión de la Corte como una forma de garantizar los derechos conculcados, en un caso sobre violación del derecho de propiedad ancestral de una comunidad indígena,

---

[35] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº. 74, párr. 179.

[36] La Corte dispuso además que "el Estado debe facilitar las condiciones para que el señor Ivcher Bronstein, a quien se ha restituido la nacionalidad peruana, pueda realizar las gestiones necesarias para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., como lo era hasta el 1 de agosto de 1997, en los términos de la legislación interna", además de disponer otras formas de reparación. También sujetó a las normas de derecho interno el "resarcimiento relativo a los dividendos y las demás percepciones que hubieran correspondido al señor Ivcher como accionista mayoritario y funcionario de dicha Compañía", y dispuso también que "el Estado debe garantizar al señor Ivcher el derecho a buscar, investigar y difundir información e ideas a través del Canal 2-Frecuencia Latina de la televisión peruana". *Ibidem*., párrs. 181 y 182.

[37] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C Nº. 42, párr. 109.

[38] *Ibidem*, párrs. 113 y 114.

[39] *Ibidem*, párr. 116.

[40] *Ibidem*, párr. 122.

la Corte dispuso la *delimitación, demarcación y titulación de sus tierras*, con la participación de ellas, "tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad".[41] En otro caso también referido a una comunidad indígena cuyo derecho de propiedad ancestral sobre sus tierras fue violado, la Corte dispuso la restitución de éstas, exigiendo no sólo su demarcación, sino también imponiendo condiciones estrictas para la entrega de tierras alternativas. También dispuso la protección del territorio reclamado mientras no se proceda a su restitución y la titulación del predio donde se encuentra actualmente asentada la comunidad.[42] Medidas similares fueron ordenadas por la Corte en el caso de una masacre que obligó a una comunidad étnica a desplazarse de su territorio ancestral, además de disponer la investigación de los hechos y garantías de protección mediante evaluaciones periódicas de las condiciones de seguridad.[43]

En otro caso similar, la Corte ha dispuesto, en forma adicional *"el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva a la comunidad* […] con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones".[44] También ha ordenado el reconocimiento jurídico de la propiedad colectiva, de acuerdo a su derecho consuetudinario, así como el reconocimiento y la garantía del *derecho a la consulta* del pueblo en cuestión.[45] Este derecho a la consulta fue incluso reafirmado en una sentencia sobre interpretación de la sentencia de reparación, en la que la Corte afirmó que debe consultarse al pueblo para la determinación de a quién debe otorgarse la justa compensación ordenada por la Corte.[46]

La Corte ha dispuesto también *obligaciones de no hacer* para garantizar el ejercicio de derechos conculcados. En un caso la Corte concluyó que el modo en que está penalizado el homicidio intencional en una ley de Trinidad y Tobago, que impone en forma automática y sin consideraciones particulares sobre la persona de los acusados la pena de muerte, es violatoria de la Convención. Además de disponer que el Estado debía modificar la ley, dispuso que éste debía abstenerse de aplicar la pena de muerte respecto de 31 personas condenadas a ella, y debía tramitar de nuevo los procedimientos penales respecto de los delitos que se imputaban a ellas.[47]

Otra situación en la que la Corte ha ordenado al Estado a abstenerse de ejecutar medidas judiciales dictaminadas para garantizar el goce de derechos conculcados se refirió también al derecho a acceder a la justicia. La Corte consideró que las garantías judiciales que establecen los artículos 8 y 25 de la Convención habían sido violadas al exigirse a una persona el pago de una tasa judicial, fijada en proporción a la cuantía del juicio, que hacia virtualmente imposible el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, dispuso que el Estado se abstuviera de cobrar dicha tasa judicial. Además, dispuso también que el Estado se abstuviera de cobrar una multa, impuesta por no haber pagado la tasa judicial en el plazo establecido por la ley, que era equivalente a la mitad de dicha tasa. La víctima había sido condenada también al pago de honorarios de los abogados del Estado, los que habían sido también fijados en proporción a la cuantía del juicio, por lo que la Corte dispuso que el Estado fijara un monto razonable para dichos honorarios, y asumir el costo de los honorarios y costas de los peritos y abogados

---

[41] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Serie C Nº. 79, *supra* 21, párr. 164.

[42] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de Agosto de 2010. Serie C Nº. 214 párrs. 281 a 295.

[43] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C Nº. 124, párrs. 209 a 215.

[44] Corte IDH. *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº. 172, párr. 194.

[45] *Ibid*.

[46] Corte IDH. *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Suriname*. Interpretación de la sentencia. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C Nº. 185, párr. 25.

[47] Corte IDH. *Caso Hilare, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C Nº. 94, párrs. 211 a 215.

del Estado. Finalmente, la Corte dispuso levantar los embargos y las demás medidas cautelares impuestas para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados.[48]

Si bien la *adecuación de normas legales internas* es usualmente referida a una forma de garantizar la no repetición, cuando dicha modificación es requisito para el goce de los derechos conculcados puede considerarse que responde a lo dispuesto en la primera oración del artículo 63.1 de la Convención. Así, en un caso en el que la Corte decidió que el Estado había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de ciertas personas mediante la prohibición de exhibición de una película, dispuso "que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película 'La Última Tentación de Cristo', ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción".[49]

Otro ejemplo de ello se encuentra en la sentencia por censura, violación de la libertad de expresión, violación del derecho de propiedad y violaciones al debido proceso que afectaron a un empleado civil de la Armada de Chile, por la publicación de un libro sobre servicios de inteligencia, que fue confiscado y destruido, y él condenado por varios delitos. La Corte ordenó "permitir al señor Palamara Iribarne la publicación de su libro"[50] y "adoptar todas las medidas necesarias para que […] rescate toda la información proveniente de la versión impresa y la digite en una versión electrónica".[51] Además, la Corte dispuso que el Estado debía dejar sin efecto todas las sentencias condenatorias dictadas en su contra, incluyendo "todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto alguno los procesos penales militares instruidos en contra de Palamara Iribarne y sus sentencias, incluyendo la supresión de los antecedentes penales del registro correspondiente".[52] Algo similar se observa en un caso de violación del derecho a la información y a garantías extrajudiciales en contra de los solicitantes de información sobre un proyecto de inversión extranjera, en que la Corte dispuso "que el Estado […] debe *entregar la información solicitada por las víctimas*, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada"[53] sobre las razones que justifiquen la no entrega de ella.

Como se observa, la variedad de medidas es muy amplia, pues ellas se refieren a las diferentes formas de desconocimiento o violación de los derechos consagrados por la Convención. Muchas de ellas, no obstante, son definidas por la Corte como formas de restitución, como garantías de no repetición o simplemente como otras reparaciones, haciendo menos perceptible la fuerza imperativa que tiene el ordenarlas como formas de garantizar al lesionado en el goce de sus derechos conculcados.

2. La obligación de reparar

La segunda oración del artículo 63.1 impone a la Corte una obligación diferente, si bien complementaria a la anterior. Ella establece que, al decidir que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte *dispondrá* que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Por el tono imperativo del verbo usado en el texto: "dispondrá", pareciera que esta segunda oración, al igual que la primera, dispone un mandato para la Corte, no una facultad de ella. Sin embargo, a diferencia de la primera oración del artículo 63.1, la segunda oración intercala la frase "*si ello fuera procedente*". En consecuencia, en relación a la reparación, la Corte no está

[48] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C Nº. 97, párr. 70.
[49] Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Serie C Nº. 73, *supra* 25, párr. 97.
[50] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº. 135, párr. 250.
[51] *Ibidem*, párr. 251.
[52] *Ibidem*, párr. 253.
[53] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C Nº. 151, párr. 158.

obligada a imponerla, sino a evaluar sobre su procedencia y, si así lo decide, definir sus términos.

Este análisis de procedencia está presente también en el artículo 41 del CEDH y de las Libertades Fundamentales de Europa. Bajo el rótulo de "satisfacción equitativa", la norma europea dispone

> Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

La existencia en ambas normas de un análisis de procedencia sobre la reparación da lugar a afirmar que no está consagrada, en ninguna de las dos convenciones, un derecho general y absoluto de las víctimas a la reparación. El uso más restrictivo que el TEDH ha hecho de esta facultad refuerza esta noción. Sin embargo, ello responde también a la naturaleza de los casos que han conocido ambos tribunales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha desarrollado a partir del *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre desaparición forzada, en un contexto de práctica sistemática de este crimen por parte de agentes del Estado. La gran mayoría de los casos contenciosos que ha conocido la Corte se han referido a delitos de naturaleza y gravedad similares.

Además de la diferencia ya señalada en relación a la jurisprudencia en materia de reparación del Tribunal Corte Europeo, debe considerarse que *la evaluación de procedencia que debe hacer dicha Corte contiene un análisis de la capacidad del derecho interno del Estado infractor de reparar las consecuencias de la violación*. La Corte Interamericana no está sometida a dicha exigencia en su evaluación sobre la procedencia de la reparación, y, por el contrario, ha afirmado *su competencia absoluta para determinar la forma de reparación, y la inaplicabilidad de normas de derecho interno como obstáculo para su determinación*.[54] *Se ha tratado de una decisión justificada por la sistematicidad y gravedad de las violaciones de que conoce, y que se ve confirmada por la renuencia de los Estados a cumplir incluso con las medidas ordenadas.*

El análisis de la jurisprudencia de la Corte refleja una *postura práctica y a la vez consistente* de ésta sobre cómo entiende su facultad de evaluar la procedencia de la reparación desde sus primeros casos, la que deriva de su constatación sobre la *gravedad* de las violaciones de que conoce. Al determinar la existencia de una violación ella ha dispuesto medidas para garantizar el goce del derecho conculcado, y a la vez, ha afirmado que

> son muchos los casos en que otros tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena *per se* constituye una suficiente indemnización del daño moral […]. Sin embargo, esta Corte considera que aún cuando una sentencia condenatoria, puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, haya habido o no reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en el presente caso, ésta no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y sus familias, las cuales deben ser indemnizadas conforme a la equidad.[55]

Así, además de la emisión de la sentencia, respecto de las demás medidas de reparación, la Corte ha hecho ejercicio de la discrecionalidad a que el artículo 63.1 la autoriza, evaluando en cada caso las medidas apropiadas. La gravedad de las violaciones que ha solido conocer la Corte explica por qué en la gran mayoría de los casos en los que ella ha decidido que ha habido una violación a la Convención ha impuesto reparaciones. Ello lo ha hecho en forma adicional a la disposición de medidas para garantizar al lesionado en ejercicio de los derechos conculcados, a veces sin hacer distinciones entre ambas. En

---

[54] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Serie C, Nº. 7, *supra* 8, párr. 54.

[55] Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C Nº. 28, párr. 35.

efecto, en prácticamente todos los casos citados en la sección anterior, la Corte, además de las medidas descritas, impuso el pago de reparaciones.[56]

En pocos casos *la Corte no ha ordenado el pago de compensaciones*. Ello parece justificable en situaciones que no corresponden a violaciones al derecho a la vida o a la integridad física o psíquica, en lo que la injusticia podría ser reparada mediante la mera declaración de ella. Ese ha sido el caso en dos situaciones sobre violaciones al derecho a la información, en los que además los perjuicios alegados no fueron claramente establecidos.[57]

En ocasiones, no obstante, el resultado de este ejercicio de discrecionalidad hecho por la Corte es *cuestionable*, si se considera que toda víctima de un acto culposo o doloso que produce daño tiene derecho a reparación, y no sólo al goce de sus derechos y a un reconocimiento oficial de responsabilidad mediante una sentencia, más aún cuando se trata de una violación grave en la que parecería que no basta con la declaración judicial. En dos casos en los que se constataron la privación de libertad en condiciones que constituyen tratamientos crueles, inhumanos y degradantes la Corte no dispuso reparación por tales hechos. Ella se limitó a declarar la nulidad o la revocación de los procesos seguidos, por no cumplir con las garantías judiciales establecidas por la Convención, y reformar las normas en las que dichos procesos de fundaron.[58] En uno de ellos, agregó el mandato de adecuar las condiciones carcelarias a los estándares internacionales y la publicación de la sentencia.[59] Este tratamiento se puede explicar por tratarse de personas condenadas por delitos graves, pero aún así ello no justifica desconocer su derecho a la reparación, pues este derecho no exige de su titular la inocencia respecto de la acusación criminal de que es objeto.

3. Alcance de la obligación de reparar: restitutio in integrum, reparación integral y reparación transformadora con enfoque de género

Una vez aclarado bajo qué ocasiones la Corte ha hecho ejercicio de su facultad de disponer reparaciones, es preciso clarificar el contenido de esta obligación. Ella se basa, como ha afirmado la Corte, en devolver a la víctima a la situación anterior, es decir, a la restitutio in integrum. Ello es consistente con la evolución del derecho desde el Derecho Romano, y con los principios de derecho internacional establecidos respecto de la obligación de los Estados de reparar las consecuencias de hechos internacionalmente ilícitos, establecidos por la Comisión de Derecho Internacional.

La noción de *restitutio in integrum* en la jurisprudencia de la Corte no se limita al concepto de restitución, sino se refiere al objetivo que persigue la reparación. Esto es

> La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye *el restablecimiento de la situación anterior y*

[56] Como se indicó anteriormente, cuando la violación se ha referido a un derecho o interés difuso, como fue el caso de "La última tentación de Cristo", la Corte no impuso otras medidas de reparación, salvo el reembolso de gastos de los representantes. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº. 73, nota *supra* 25.

[57] En dos casos referidos al derecho a la información la Corte reconoció la existencia de una violación a la libertad de buscar, recibir y difundir información y del derecho a la integridad personal en contra de los dueños y trabajadores de los medios censurados. No obstante, como medidas de reparación se limitó a disponer la obligación de investigar los delitos ocurridos, publicar la sentencia y adoptar medidas necesarias para evitar restricciones u obstáculos a la libertad de información de los afectados, declarando en todo lo además que la sentencia constituye per se una forma de reparación. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C Nº. 195, párrs. 413 a 416; y Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C Nº. 194, párrs. 403 a 406.

[58] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Serie C Nº. 52, *supra* 12, párrs., 221, 222 y 225.

[59] Corte IDH. *Caso Raxcacó vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº. 133, párrs. 135 y 136.

> *la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.*[60]

No obstante, también en uno de sus primeros casos, la Corte reconoció que es imposible restituir a la situación anterior, lo que hace necesario también *compensar* todas las consecuencias del hecho dañoso.

> Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causæ est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos.
>
> Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable.
>
> […] La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida *jurídicamente* tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la in integrum restitutio se refiere a un modo como *puede* ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como *debe* ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada *(cfr. Usine de Chorzów, fond , supra 43, p. 48).* De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana.[61]

La pretensión de restitución a la situación anterior, particularmente en relación a este tipo de daño, a diferencia de perjuicios meramente patrimoniales, es imposible.[62] Es así como el papel que debe jugar la noción de *restitutio in integrum* es de guiar las decisiones sobre el conjunto de las medidas de reparación para que ellas busquen, en la medida de lo posible acercarse a ese ideal.

A partir de esta constatación la Corte ha desarrollado la noción de *reparación integral*, que comprende la conjunción de una serie de medidas. La forma como ellas actúan en conjunto ha sido definida por la Corte al establecer que

> La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar *diversas medidas de reparación*, a fin de resarcir los daños *de manera integral*, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.[63]

Esta noción de devolver a la víctima al estado de cosas anterior a la violación se traduce en la exigencia de *proporcionalidad* entre daño y reparación. Así, el daño constituye el estándar para la definición de esta última, tanto como límite inferior como superior. En consecuencia, la Corte ha rechazado la imposición de indemnizaciones punitivas, limitando la compensación a los daños causados.

---

[60] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Serie C Nº. 7, *supra* 8, párr. 26. Destacado del original.

[61] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam.* Serie C Nº. 15, *supra* 7, párrs. 48 y 49. Destacado del original.

[62] Ver sobre esta materia García Ramírez, Sergio, La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de reparaciones, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo, san José (Costa Rica, 2005), páginas 39 a 43, y particularmente su voto razonado en el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Corte IDH. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, Nº. 91.

[63] Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C Nº. 239, párr. 241. Destacado del autor.

> La expresión "justa indemnización" que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la "parte lesionada", es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional.[64]

Otra consecuencia importante de esta noción de reparación es que ella se centra en la condición en que se encuentra la *víctima*, y en la capacidad de la reparación de superar dicha condición, en todo aquello que es resultado de la violación.[65] Esta perspectiva ha permitido a la Corte desarrollar una vasta jurisprudencia en materia de medidas de reparación, pues en ellas, más que apuntar exclusivamente a las violaciones cometidas o a las acciones u omisiones realizadas por el Estado o sus agentes, coloca en el centro de la determinación de las modalidades de reparación a las víctimas.

Sin embargo, así como la noción de *restitutio in integrum* impone una elevada exigencia en materia de reparación, también puede imponer un límite a ella que implique un retorno a condiciones de injusticia, especialmente en situaciones en que la situación anterior a la violación no era una de goce pleno de derechos. Situaciones de discriminación de género o étnicas, condiciones de pobreza y marginalidad, o condiciones de violación de derechos culturales de comunidades autóctonas no pueden ser presentados como el ideal para reparar.

Haciéndose cargo de este problema la Corte ha introducido, recientemente, la noción de que, en contextos de discriminación estructural, "las reparaciones deben tener una *vocación transformadora* de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino *correctivo*".[66] Ha fundamentado esta posición afirmando que "no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación",[67] lo que no implica, continúa la Corte, desconocer que "la naturaleza y el monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral".[68] La Corte hace un interesante uso de esta noción desarrollada por Uprimny y Saffon, para un caso en el que condena a un Estado por no implementar políticas que hubieran permitido prevenir la muerte de tres jóvenes secuestradas en un contexto de práctica frecuente de secuestros y muertes de mujeres y de discriminación en la protección de mujeres contra la violencia. Sin embargo, *el potencial de incorporar la noción de reparación con vocación transformadora es aún mucho mayor, pues puede implicar incorporar una perspectiva que supera la noción tradicional de restitución a la situación anterior, y pueden incorporar medidas que apunten a la vigencia de derechos económicos, sociales y culturales a la reparación en contextos de discriminación estructural en el goce de ellos, como argumenta su autor*.[69]

Este desarrollo, no obstante, no está exento de riesgos. Las condiciones de injusticia estructural existentes en el Continente podrían dar lugar a un ambicioso programa de transformaciones que no puede ser impulsado por un tribunal internacional. Sin desmerecer la justificación de esta postura y la necesidad de considerar las condiciones estructurales de injusticia, es importante mantener la cautela respecto de qué está en el ámbito estricto de decisión de un tribunal y qué corresponde a los Estados en la definición de sus políticas socioeconómicas y de inclusión social.

[64] Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Serie C, Nº. 8. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 36.
[65] Ver Nash Rojas, Claudio, *supra* 20, páginas 35 y 36.
[66] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, supra* 17, párr. 450.
[67] *Ibid*.
[68] *Ibid*.
[69] Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en Díaz Gómez, Catalina, Sánchez, Nelson Camilo y Uprimny Yepes, Rodrigo (eds.) *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión.* Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), Bogotá, 2009.

En un esfuerzo por llegar a una postura equilibrada sobre la materia, la Corte ha resumido en siete las exigencias a las que somete su evaluación sobre las medidas de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes. Estas consisten en que:

1. se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal;
2. reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales;
3. no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento;
4. reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas a su situación anterior a la violación en aquello en que no interfiera con el deber de no discriminar;
5. se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación;
6. se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y mujeres, y
7. consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.[70]

Como consecuencia, la Corte impartió órdenes muy precisas al Estado para garantizar la implementación de políticas de no repetición que tuvieran un marcado enfoque de género. Así, dispuso una serie de medidas en materia de capacitación a funcionarios públicos, de implementación de protocolos de reacción ante casos de desaparición de mujeres, de búsqueda de mujeres desaparecidas, que permitan superar los prejuicios y las tendencias que llevaron a la inacción que provocó las violaciones. No obstante, la Corte rechazó otras solicitudes de los representantes o la Comisión no fundamentaron suficientemente.[71]

En sentencias posteriores se han recogido estos criterios. Es así como la Corte ha considerado en un caso,

> en el que la víctima, *mujer e indígena,* ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurarle la provisión de *intérprete y apoyo desde una perspectiva de género*, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad.[72]

En el mismo caso la Corte ordenó la continuación de procesos de "estandarización de un protocolo de actuación […] respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales";[73] la continuación de cursos "permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos violencia sexual contra mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad",[74] y la implementación de un "programa o curso permanente y obligatorio de capacitación en derechos humanos que incluya, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos".[75] Siguiendo los mismos parámetros, la Corte rechazó otras solicitudes, referidas a la protección y atención de mujeres víctimas de violencia sexual, pero que no estaban debidamente fundamentadas.

Consideraciones similares han sido expresamente establecidas en otra decisión de la Corte, la que abriendo el capítulo sobre reparaciones ha advertido que

> La Corte no pierde de vista que la señora Fernández Ortega es una mujer indígena, en una situación de especial vulnerabilidad, lo cual será tenido en cuenta en las reparaciones que se otorguen en

[70] Corte IDH. *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, supra* 18, párr. 451.
[71] *Ibidem*, párrs. 474 a 543.
[72] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C Nº. 216 párr. 213.
[73] *Ibidem*, párr. 242.
[74] *Ibidem*, párr. 246.
[75] *Ibidem*, párr. 249.

esta Sentencia. Asimismo, el Tribunal considera que la obligación de reparar en un caso que involucre víctimas pertenecientes a una comunidad indígena, puede requerir de medidas de alcance comunitario.[76]

Esto se tradujo en medidas similares a las del caso anterior, así como en la provisión de condiciones para que *las niñas de la comunidad de la víctima, incluidas dos hijas de ésta, que realizan estudios secundarios en otra ciudad, bajo condiciones de inseguridad y explotación laboral, continúen sus estudios ya sea en un internado que las libere de dichas condiciones, o que se instale una escuela secundaria en la comunidad.*[77] También se tradujo en la orden de desconcentrar servicios e impulsar servicios itinerantes de apoyo a mujeres indígenas del estado de Guerrero frente a violencia.[78]

En otro caso en el que la Corte se pronunció sobre la vocación transformadora de la reparación, precisó que bajo ese concepto se persigue que la sentencia contribuya al desarrollo de "*cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población [en este caso] LGTBI*".[79] Como consecuencia de ello, la Corte ordenó la continuación de *cursos para funcionarios públicos* y particularmente a funcionarios judiciales, explicitando que sus contenidos deben incluir "derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI".[80]

La incorporación explícita de los impactos diferenciados de género pareciera ser una tendencia que la Corte asumirá en sus futuras decisiones, y que en un continente con graves déficit en materia de discriminación de las mujeres pueden ser muy importante. Será interesante observar en qué medida estas nociones también se aplican en otras formas graves de discriminación o marginalidad a las que son sometidos pueblos indígenas, personas en situación de pobreza o minorías sexuales.

No obstante, la misma enumeración contiene también las exigencias de rigurosidad y de estricta relación con los daños acreditados y referidos a las violaciones declaradas. Además ellas no implican que la Corte asumirá un papel de activismo judicial disponiendo por propia iniciativa medidas de reparación de carácter correctivo de discriminaciones que constate, sino ellas deben ser objeto de solicitudes precisas y fundamentadas de las partes. En efecto, la Corte no suele disponer medidas de reparación *ex officio*, y esta enumeración en nada contradice la doctrina largamente asentada en sus decisiones. Ellas deben ser solicitadas oportunamente,[81] además de justificadas.[82] Si bien para determinar la oportunidad procesal de su presentación la Corte no ha sido en extremo rígida, exige que ello se haga en condiciones y momentos que hagan posible al Estado controvertirlas.[83]

Estas consideraciones, y la señalada anteriormente acerca del valor de la restitución al estado anterior de cosas en contexto de condiciones estructurales de violación de derechos humanos, obligan a problematizar el papel de un tribunal de derechos humanos en contexto de violaciones masivas o estructurales. Es posible preguntarse *cuál es la capacidad de un tribunal, que conoce de violaciones específicas, para hacer frente a situaciones de violaciones masivas y sistemáticas,* como las que derivan

[76] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº. 215, párr. 223.
[77] *Ibidem*, párr. 274.
[78] *Ibidem*, párr. 278.
[79] Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, supra* 63, párr. 267.
[80] *Ibidem*, párr., 271.
[81] *Ibidem*, párr., 269.
[82] La Corte ha señalado que el deber de motivación, contenido en el artículo 34.1 de su Reglamento (art. 35.1.c. en la versión actual del Reglamento), "no se cumple con solicitudes genéricas a las que no se adjunta prueba o argumentación, de hechos o de derecho, que permitan analizar su finalidad, razonabilidad y alcance. " Esta exigencia también es aplicable a los representantes. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, supra* 18, párr. 493).
[83] Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, Nº. 190, párr. 121.

de conflictos armados internos o de dictaduras y regímenes autoritarios y represivos. Asimismo, cabe preguntarse sobre el papel de las reparaciones que pueda dictaminar un tribunal internacional para intentar superar condiciones de discriminación o marginalidad a la que están sometidas porcentajes importantes de los habitantes del Continente. ¿En qué medida la reparación proveniente de una sentencia referida a un incidente específico, en contextos de violaciones masivas y sistemáticas, o de discriminaciones y exclusión estructural, puede contribuir a superar esas condiciones?

Es claro que la condena al Estado por su responsabilidad en estos casos tiene un inmenso valor en los esfuerzos que se realizan en cada país por superar las condiciones de discriminación estructural o de violaciones masivas y sistemáticas. Sin embargo, la pregunta que corresponde hacerse es en qué medida la sentencia de reparación puede contribuir a lo mismo. ¿En qué medida la restitución a la situación anterior, o su intento por vía compensatoria, de una víctima de desaparición forzada o de las víctimas de una masacre, puede contribuir a que se respeten los derechos de las demás víctimas del régimen represivo que causó dichas violaciones, y a que no existan más víctimas? Ciertamente las medidas de reparación referidas a garantizar la no repetición, cuando tienen un efecto más allá del caso específico, pueden tener mucho valor transformador o correctivo, como ha dicho la Corte. Algunas medidas de satisfacción pueden también producir efectos indirectos, aun cuando las pedidas de disculpas u otros actos simbólicos se refieran solo al caso específico. Todo ello explica la tendencia de la Corte a incorporar estas modalidades de reparación en sus sentencias, de forma de *producir efectos más allá de los casos específicos,* especialmente en casos de violaciones que son expresión de patrones extendidos. Sin embargo, *es difícil extrapolar un efecto positivo para las demás víctimas de violaciones similares y masivas en aquellas medidas de reparación que se refieren a las víctimas directas* del caso en cuestión. Aún más, es natural encontrar expresiones de resentimiento en algunas víctimas que, habiendo sido sometidas a violaciones similares, no han podido obtener un remedio judicial.

Esto lleva a formular la pregunta sobre la *complementariedad o el conflicto entre formas de reparación judicial y reparaciones masivas* a través de programas administrativos. Abordar este problema requiere un estudio de mayor profundidad, que no es el objeto del presente. Sin embargo, en un estudio sobre la jurisprudencia de la Corte en esta materia no puede, al menos, no ser mencionado.

4. Vínculo entre el ilícito declarado en la sentencia y los perjuicios a ser reparados

La exigencia de proporcionalidad entre las consecuencias de la violación y la modalidad y cuantía de la reparación implica también examinar la existencia de un *nexo causal* entre el ilícito y los perjuicios a ser reparados, pues debe haber una relación de causalidad entre aquél y éstos. Al respecto, la Corte ha precisado que

> las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones alegadas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.[84]

La exigencia de un vínculo directo entre el ilícito y los perjuicios reparables comprende diferentes cuestiones, según los tipos de daño y las modalidades de reparación. De esta forma la Corte en sus sentencias de reparación parte de:

1. la constatación de los *hechos* que constituyen violaciones de un derecho o libertad protegidos por la Convención;
2. la constatación de las *consecuencias* de ellos en las víctimas;
3. para a partir de ello examinar *lo solicitado,* en base a lo cual dispone medidas de reparación.

[84] Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C Nº. 191, párr. 110.

En relación al *daño emergente*, estas cuestiones se refieren a la relación de causalidad entre el ilícito y las pérdidas económicas directas que se le atribuyen. En relación al *lucro cesante* se plantean además cuestiones sobre la probabilidad de que las condiciones de vida y los ingresos proyectados efectivamente se materializaran. En relación al *daño inmaterial* la cuestión se refiere al vínculo entre la víctima y quienes demandan reparación, y a determinar en qué grado el daño sufrido por la víctima repercutió en sufrimiento o padecimiento en relación a los demandantes. De la misma forma debe establecerse un vínculo entre las violaciones constatadas y las *medidas de satisfacción* y de *rehabilitación* demandadas. Esta exigencia es particularmente compleja en relación a las *garantías de no repetición*, cuando como parte de ellas se solicita la reforma de instituciones o revisión de leyes. Así la Corte ha reiterado en sus sentencias la obligación de adecuar la legislación interna a la Convención, respecto de ciertas leyes y prácticas específicas que han permitido la ocurrencia de la violación establecida, pero ha rechazado las solicitudes de evaluación de la legislación nacional de un país en abstracto o en términos genéricos. Estas cuestiones se examinarán más en detalle al revisar la forma como la Corte ha considerado cómo reparar estos tipos de perjuicios.

5. Causalidad y competencia ratione temporis de la Corte IDH

La Corte sólo tiene competencia para conocer de violaciones ejecutadas *después de que los Estados han reconocido su competencia contenciosa*. Ello se ha traducido en la imposición de medidas de reparación sólo referidas a aquellas violaciones posteriores. Así, en un caso de desaparición forzada, en que los restos de la víctima fueron encontrados y fue posible determinar su fecha de fallecimiento, la Corte condenó al Estado sólo por la violación de los derechos a garantías judiciales (art. 8.1), e integridad física, psíquica y moral (art. 5) de los familiares de la víctima, pero no por la desaparición o muerte de la víctima directa. Consecuentemente, la reparación otorgada excluyó el lucro cesante y daño emergente causado a la víctima; reconoció gastos incurridos en la búsqueda del desaparecido, pero a partir de la fecha de aceptación por parte del Estado de la competencia contenciosa de la Corte, e impuso el pago de gastos médicos incurridos por un hermano de la víctima cuya salud se vio gravemente afectada por los hechos, así como la indemnización del daño moral por el sufrimiento causado a la familia.[85]

En un caso similar, de ejecución sumaria cometida antes de la entrada en vigor de la competencia contenciosa de la Corte, ésta limitó su juzgamiento a la denegación de justicia cometida después de la aceptación de dicha competencia. La Corte no fijó indemnización par daño material pues adujo que "ni el representante ni la Comisión han presentado argumentos ni pruebas que demuestren que las violaciones declaradas en la presente Sentencia produjeron un daño material".[86] Luego, en lo referente al daño inmaterial, la Corte consideró que

> esta sentencia constituye per se una forma de reparación, y que las medidas [de adecuación del derecho interno y la continuación de las investigaciones para identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables] constituyen una debida reparación.[87]

Para arribar a dicha conclusión la Corte tuvo en consideración que los familiares de la víctima sufrieron por la denegación de justicia, pero también que el interés principal de las víctimas, expresado por su representante, era la consecución de justicia, y que éstas habían recibido reparación mediante un programa administrativo establecido por ley, cuyas medidas fueron detalladas en el proceso.[88]

---

[85] Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C Nº. 48, párrs. 49, 50 y 57.

[86] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, Nº. 154, párr. 160.

[87] *Ibidem*, párr. 161.

[88] Si bien la Corte no se pronunció directamente sobre la suficiencia del programa de reparaciones, pues ellas se referían a la ejecución extrajudicial sufrida por la víctima respecto de la cual la Corte no tenía competencia, también consideró el hecho de que los familiares de la víctima recibieron reparaciones provenientes de un programa administrativo de reparación por dicha violación. *Ibid*.

6. Efecto de programas administrativos y de otras medidas de reparación en la definición de reparaciones por la Corte IDH

En los últimos años, varios Estados que son responsables de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas durante dictaduras o conflictos armados internos, han creado por ley programas de reparación a las víctimas de éstas. Ello ha sido frecuentemente respuesta a las recomendaciones hechas por comisiones de verdad, constituyendo una expresión de reconocimiento de responsabilidad y de intento por consolidar un régimen democrático que se diferencia del período abusivo y se base en la vigencia de los derechos humanos. Estos programas frecuentemente incluyen procesos masivos de registro de víctimas de las violaciones más graves, bajo estándares probatorios en los que se considera la sistematicidad de aquéllas, así como las dificultades probatorias que se dan en contextos en los que la totalidad del aparato del Estado ha estado, en cierto grado, involucrado en las violaciones. También incluyen el establecimiento de los hechos generales que rodearon a las violaciones individuales, formas de reconocimiento simbólico de la responsabilidad del Estado, y políticas encaminadas a garantizar su no repetición.

La Corte ha reconocido la contribución de estas (denominadas) *comisiones de verdad*. Ha advertido, no obstante, "que la 'verdad histórica' contenida en los informes de las citadas comisiones *no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales*".[89] La Corte ha considerado también en sus sentencias el reconocimiento de responsabilidad que los Estados han realizado sobre estas violaciones y las políticas de memoria implementadas, pero ha insistido en la necesidad de un reconocimiento público respecto del caso en cuestión sometido a su decisión.[90] También ha evaluado en su mérito las diferentes políticas implementadas por los Estados para garantizar la no repetición dispuestas.[91]

En materia de la obligación de indemnizar perjuicios la Corte *ha examinado el cumplimiento de "criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones",*[92] siguiendo el mismo razonamiento que el empleado para la evaluación de indemnizaciones individualmente determinadas por tribunales u organismos nacionales.[93] No obstante, aún en un caso en que ha reconocido la suficiencia de las reparaciones entregadas mediante estos mecanismos, la Corte ha establecido que ellas se refieren exclusivamente al daño material e inmaterial sufrido por la víctima directa, y no al sufrido por sus familiares, de acuerdo a una distinción desarrollada por la Corte en relación al daño moral que se explicará más adelante.[94] En base a ello ha dispuesto el pago de reparaciones adicionales a los familiares en base a su sufrimiento propio.

No puede negarse la contradicción entre el reconocimiento de suficiencia de dicho programa y la imposición de medidas adicionales de reparación, bajo el argumento de que las primeras, aunque suficientes, se referían sólo al daño material y no al inmaterial. Como se verá más adelante,[95] la imposición de dicha distinción a un programa administrativo de reparaciones parece artificial. Si la

[89] *Ibidem*, párr. 150. Destacado del autor.

[90] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº. 219, párr. 277.

[91] *Ibidem*, párrs. 283, 287 y 293.

[92] *Ibidem*, párr. 303. Destacado del autor. No obstante, en otro caso en el que el Estado expuso su programa de reparación como forma de afirmar su cumplimiento con el deber de reparar, dichas alegaciones no fueron consideradas por la Corte. Corte IDH. *Caso Chitay Nech vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C Nº. 212, párrs. 15, 254 a 256, 264, 266, 268, 272 y 274 a 278.

[93] Corte IDH. *Caso* de la *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, Nº. 163, párrs. 245 a 252, 257 y 266 a 273; y Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, Nº. 213, párrs. 246 y 250.

[94] Corte IDH, Serie C, Nº. 219, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*, *supra* 90, párr. 304, en relación al daño material sufrido por los familiares de las víctimas, y párrs. 309 a 311.

[95] Ver sección VI de este comentario.

Corte consideraba que el programa administrativo no era suficiente, en algunos de sus aspectos, habría sido mejor que lo justificara.

A su vez, en relación no a procesos masivos de reparación administrativa, sino a *acuerdos sobre reparación* entre las partes y el Estado, la Corte ha hecho un *examen de sus contenidos.* Es interesante notar que entre los factores considerados por la Corte para su homologación no sólo se incluyen sus contenidos materiales. Así la Corte ha considerado que ellas "buscan reparar el daño causado a las víctimas y sus familiares, *conservar viva la memoria de las víctimas y evitar que hechos como los de este caso se repitan*", además de factores como su *difusión*, y la *participación de las víctimas* definición previa de ciertas modalidades de ejecución.[96]

La Corte también se ha pronunciado acerca del *valor reparador de medidas de apoyo a las víctimas* ejecutadas por el Estado. En un caso en el que el Estado otorgó sumas de dinero proveniente de un fondo especial de "Auxilio Económico a los Familiares del Homicidio de Mujeres en el Municipio de Juárez", la Corte *rechazó* considerar esas sumas como reparación *dada la forma como fueron entregadas.* Ello en virtud de que los propios lineamientos para la ejecución de dicho fondo establecían que ellos "no constituye[n] indemnización o reparación del daño. Además, la Corte consideró que la exigencia hecha a los familiares de las víctimas de suscribir un documento en el que reconocían la identidad del cuerpo que se les había entregado como el de las víctimas y renunciaban a requerir estudios de ADN para confirmar dicha identidad condicionaban la entrega a una renuncia de las víctimas a su derecho de acceso a la justicia y conocimiento de la verdad. La Corte estimó que esta condición era contraria a la Convención y constituía una forma de alegar en su favor su propio dolo.[97]

La Corte concluyó así que "no puede confundirse la prestación de los servicios sociales que el Estado brinda a los individuos con las reparaciones a las que tienen derecho las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en razón del daño específico generado por la violación".[98] Este pronunciamiento tiene gran relevancia para la calificación jurídica de las medidas que los Estados suelen otorgar a favor de víctimas pero *sin reconocer su responsabilidad* en las violaciones o *exigiendo condiciones que limitan su derecho a investigar* las violaciones o al ejercicio de recursos judiciales que les impidan conocer la verdad, como ocurre con algunos programas de reparación administrativos o de ayudas humanitarias.[99]

7. El cumplimiento de las sentencias de reparación

Las sentencias de la Corte buscan producir un *efecto útil*, y no ser meramente declarativas de derechos. Ello es relevante para las disposiciones de las sentencias en materia de reparación. Tratándose de un tribunal internacional, así como por la naturaleza de muchas de sus decisiones, *este aspecto es particularmente importante*, pues la capacidad de hacer ejecutar las sentencias es más limitada.

El artículo 68 establece la obligación de los Estados de "cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes". A su vez, el mismo artículo señala que "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias del Estado". Esto le otorga un carácter de *título ejecutivo* a las sentencias de la Corte en aquello de naturaleza patrimonial, lo que permite que el contenido de ellas y los montos fijados no puedan ser objeto de cuestionamiento por los órganos del Estado condenado. Dado el carácter obligatorio de la Convención, no es necesaria la dictación de una ley que incorpore estas disposiciones

[96] Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia.* Serie C, Nº. 163. *Supra* 93, párr. 280. Destacado del autor.

[97] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Serie C, Nº. 205, *supra* 18, párrs. 557 y 558.

[98] *Ibidem*, párr. 529.

[99] Confrontar, por ejemplo, con el programa de reparaciones administrativas establecido por el Decreto Supremo 1290 de 2008 de Colombia, en el que se repara a las víctimas de grupos armados ilegales en virtud de un denominado principio de solidaridad, negando la responsabilidad del Estado en las violaciones (art. 3), y en el que se descuenta de las indemnizaciones que provee la ley los montos entregados por el Estado que constituyen reparación, entre los que se encuentran las ayudas humanitarias (art. 5). Confrontar también con la Ley 1448 de 2011 de Colombia que declara que constituyen indemnización las sumas otorgadas anteriormente como ayudas humanitarias (art. 132).

al derecho interno, aunque ello puede ser aconsejable siempre que no implique una dilación para el cumplimiento de las sentencias o la posibilidad de cuestionar su contenido.

Sin embargo, aún cuando existan estas disposiciones, ellas pueden no bastar para el cumplimiento de las sentencias de reparación. Conforme la Corte ha ampliado las medidas de reparación que utiliza, se requieren otras formas de asegurar el cumplimiento, particularmente respecto de aquellas *medidas no patrimoniales*. Ello explica el desarrollo de una labor adicional asumida por la Corte, como es el del seguimiento del cumplimiento de sus sentencias.

Esta labor no tenía, en sus orígenes, un respaldo convencional ni reglamentario expreso. Desde su primera sentencia en materia de reparación, sin embargo, la Corte dispuso que "supervisará el cumplimiento de las reparaciones acordadas y que sólo después [de que éstas se declaren cumplidas] archivará el expediente".[100] Estos procesos de supervisión se tradujeron en la remisión de comunicaciones con el Estado que en este caso se extendieron por ocho años, hasta que la Corte declarara por cumplida la sentencia.

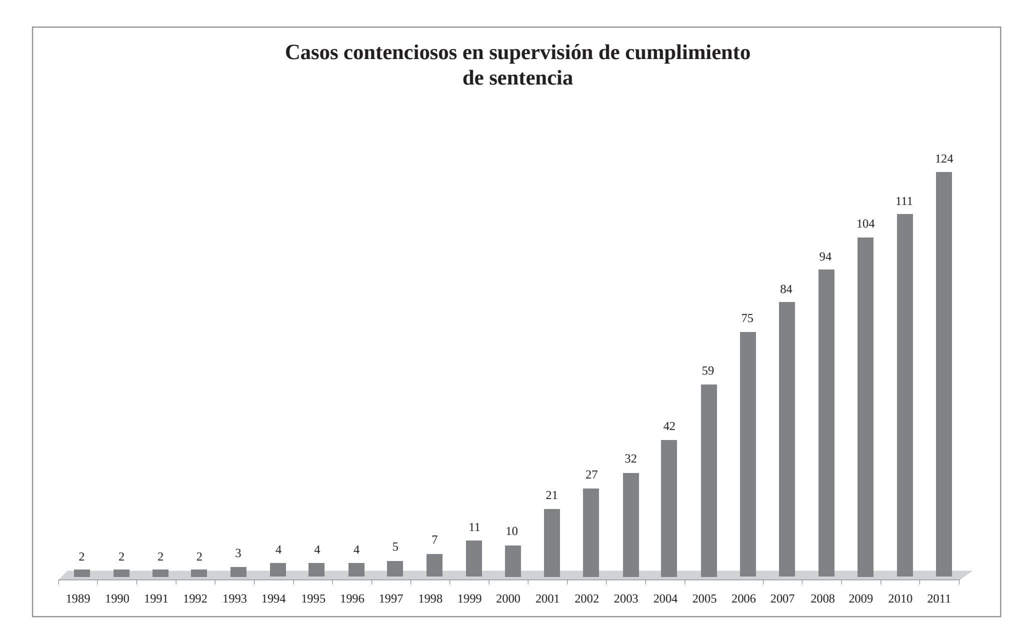
Estos procesos se han *formalizado* con posterioridad, debido en parte por el mayor grado de complejidad que existe para supervisar el cumplimiento de obligaciones como las que involucran legislar, anular procesos judiciales, demarcar tierras, implementar programas de capacitación a funcionarios, prestar servicios a las víctimas y tantas otras obligaciones de hacer o de no hacer. La última reforma al Reglamento recogió esta necesidad y dispuso ella se realice "mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes", los que luego deben ser objeto de informes de la Comisión.[101] Además, la Corte puede requerir "a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, [así como] los peritajes e informes que considere oportunos".[102] También puede convocar a una audiencia con la asistencia del Estado y los representantes, donde se escuchará el parecer de la Comisión.[103]

Los procesos de supervisión del cumplimiento de sentencias se han convertido en una labor intensa para la Corte. A la fecha en la que este comentario se escribe existen *124 casos en supervisión*. La Corte aclara que "esto no significa, sin embargo, que dichas sentencias estén 'incumplidas'. En la mayoría de ellas, por el contrario, parte importante de los puntos sí están cumplidos o se encuentran en proceso de cumplimiento".[104] La misma Corte reconoce que

> por la naturaleza de algunas reparaciones dictadas por [ella] –tales como investigaciones judiciales, creación y modificación de normas legales, cambios estructurales o prestaciones de salud– es necesario que el Tribunal mantenga abierta la etapa de supervisión por tiempo mayor al de otro tipo de reparaciones de implementación menos compleja.[105]

El presente gráfico demuestra el incremento exponencial de estos procesos de seguimiento.[106]

[100] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* 8, punto resolutivo 5.
[101] Artículo 69.1.
[102] Artículo 69.2.
[103] Artículo 69.3.
[104] Corte IDH, *supra* 22, página 13.
[105] *Ibid*.
[106] *Ibidem*, página 18.



Un autor ha advertido sobre el problema que significa esta sobrecarga de trabajo, indicando que la Corte tiene como desafío "concebir un nuevo esquema de reparaciones que pueda equilibrar los derechos individuales de la víctima con la importancia de que los estados adopten medidas para evitar que en su territorio vuelvan a ocurrir graves violaciones a los derechos humanos".[107] Sin embargo, las medidas de reparación dictadas por la Corte de alcance institucional o legislativo no son otra cosa que una constatación del incumplimiento de los Estados de su *obligación de adoptar disposiciones de derecho interno,* establecida en el artículo 2 de la Convención. Estos largos procesos de seguimiento son resultado de la resistencia interna, en los Congresos, los Poderes Judiciales u otras instituciones del Estado de asumir su responsabilidad en las violaciones cometidas y de efectivamente garantizar su no repetición. Quizás la solución no sea inhibir a la Corte a dictar este tipo de medidas de reparación, que tienen ciertamente un impacto importante en garantizar la vigencia de los derechos consagrados por la Convención, sino incrementar la capacidad de la Corte para hacer seguimiento periódico y poder responder adecuadamente a esta voluminosa, pero a la vez importante, carga de trabajo. La labor de la Corte en ello es insustituible, pues se trata de una tarea que tiene un componente tanto de evaluación como de jurisdicción.

V. Formas de reparación

Como se ha visto, la jurisprudencia de la Corte ha hecho un interesante desarrollo de las formas de reparación, que descansa en la noción de *restitutio in integrum* y de "indemnización justa", a que hace expresa referencia el artículo 63.1 de la Convención. Ello es relevante no sólo para identificar formas de reparación de violaciones a los derechos humanos, sino porque la jurisprudencia de la Corte puede ayudar a informar qué se entiende por un "recurso sencillo y rápido" al que se refiere el artículo 25. De esta forma, la jurisprudencia en esta materia de la Corte *puede contribuir también al desarrollo de la jurisprudencia de tribunales nacionales en su forma de definir la reparación* tanto para casos de violaciones a los derechos humanos, como eventualmente para perfeccionar su jurisprudencia respecto

[107] Herencia Carrasco, Salvador, Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Christian Steiner (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional,* Fundación Konrad Adenauer, Berlín-Ciudad de México-Montevideo (2011), página 391.

al derecho a la reparación en relación a otros crímenes, especialmente dada la disparidad de criterios existente en el Continente en relación a la indemnización del daño moral.

La Corte ha experimentado una interesante evolución en las formas empleadas para reparar violaciones a la Convención. En sus sentencias iniciales, ella se limitó a incluir como formas de reparación el pago de indemnizaciones en dinero, además de las medidas para garantizar el goce de los derechos conculcados, cuando ello era apropiado, a pesar de la temprana advertencia hecha por el juez Cançado Trindade.[108] Posteriormente, comenzó a incluir, luego de la sección sobre reparación material e inmaterial, un acápite sobre "otras reparaciones", entre las que se contenían medidas que en retrospectiva constituyen formas de satisfacción y garantías de no repetición. Con posterioridad, ha hecho un desarrollo más completo de estas formas de reparación, estableciendo distinciones entre ellas y utilizando un lenguaje coincidente con el de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación de Naciones Unidas.

En sus últimas sentencias, luego de describir en general el fundamento jurídico de la obligación de reparar y de definir en el caso quiénes son la parte lesionada, la Corte distingue entre las medidas de *satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición*, y las medidas de *indemnización compensatoria*. En algunos casos recientes ha incluido, previa a esta sección, la obligación de *investigar, juzgar y sancionar* a aquellos que encuentre responsables de una violación. Es interesante notar que en sus sentencias incluye primero estas formas de reparación, y luego aquellas referidas a la indemnización compensatoria. Ello refuerza la importancia que la Corte da a la noción de reparación integral que ella ha desarrollado.

1. La obligación de investigar, y medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición como medidas de reparación

Aún a pesar de la perspectiva patrimonial inicialmente sostenida por la Corte para la determinación de las medidas de reparación, la evaluación práctica sobre las condiciones de vida de las víctimas la llevó a imponer obligaciones de hacer, y no sólo de dar, en uno de sus primeros casos. Luego de haber otorgado una cantidad de dinero, como parte de la indemnización de perjuicios a favor de los herederos de las víctimas de una masacre, para que los menores de edad entre ellos pudieran estudiar, la Corte ordenó la apertura y dotación de la escuela de la localidad donde ellos vivían, al constatar que estaba cerrada.[109] En un caso posterior, la Corte aprobó un acuerdo entre el Estado y los demandantes, que incluyó la designación con el nombre de una víctima de detención, tortura y asesinato de calles, plazas o escuelas.[110] Al poco tiempo comenzó a disponer la obligación de investigar los hechos,[111] y de adecuar su legislación a la Convención.[112] Posteriormente, en un caso sobre privación de libertad, dispuso medidas de restitución en el puesto de trabajo, el pago de salarios y demás emolumentos, la eliminación de antecedentes prontuariales y medidas de rehabilitación, a través del pago de gastos médicos futuros.[113]

[108] Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela, supra* 55, voto disidente del juez Cançado Trindade. Serie C, Nº. 28; Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, Nº. 31, voto disidente del juez Cançado Trindade; y particularmente Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, Nº. 77, voto disidente del juez Cançado Trindade.

[109] Corte IDH, Serie C, Nº. 15, *Caso Aloeboetoe vs. Surinam, supra* 7, párr. 96.

[110] Corte IDH, Serie C, Nº. 38, *Caso Benavides Ceballos vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de junio de 1998, párr. 48.5.

[111] Corte IDH, Serie C, Nº. 28, *Caso El Amparo vs. Venezuela, supra* 55, párr. 64.4.

[112] Corte IDH, Serie C, Nº. 52, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, supra* 12, párr. 222.

[113] Corte IDH, Serie C, Nº. 42, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, supra* 37, párrs. 116, 122, 129 letra d).

Como resultado de esta evolución[114] la Corte ha incluido progresivamente una gran variedad de medidas entre las que se confunden formas de garantizar los derechos vulnerados con medidas que son propiamente de reparación. Muchas de ellas tienen un alcance amplio y se traducen en la aprobación de leyes o la ejecución de políticas de aplicación general, que persiguen mejorar la protección de los derechos fundamentales no sólo de las víctimas, sino de otras personas en condiciones similares. Es quizás aquí donde resulta más interesante estudiar la jurisprudencia de la Corte como forma de hacer aplicable en el derecho interno las normas de la Convención.

a. Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables

En los casos en los que la Corte ha determinado que ha existido una violación a la obligación de realizar investigaciones efectivas, en vulneración de las garantías judiciales que establece el artículo 8.1 y del derecho a protección judicial definido por el artículo 25.1, también ha dispuesto el deber de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los culpables. El contenido concreto de esta obligación y la no aplicación de obstáculos que derivan del derecho interno son examinados con mayor detención en el capítulo relativo a los artículos de la Convención citados. Cabe destacar, no obstante, que “la Corte [ha] reitera[do] que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas en todas las etapas. Además, los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados, con la finalidad de que la sociedad […] conozca la verdad de los hechos”.[115] Asimismo, en los casos de desaparición forzada la Corte invariablemente ha ordenado, en algunos casos como medidas de satisfacción,[116] y en otros como parte de la obligación de investigar,[117] la determinación del paradero de las víctimas, exigiendo esfuerzos adicionales a los que infructuosamente se han realizado, bajo garantías de independencia y transparencia.

En algunos casos ello ha implicado imponer como condición para estas investigaciones el que ellas sean realizadas por la justicia ordinaria y no la militar. En otros más recientes ha dispuesto una serie de exigencias a las investigaciones, tales como:

a) conducir las investigaciones de forma que consideren la complejidad de los hechos y el contexto en el que ocurrieron;

b) abarcar en forma integral todos los elementos que configuran la desaparición forzada;

c) identificar e individualizar a los autores materiales e intelectuales;

asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinentes para investigar los hechos denunciados y llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer lo sucedido;

d) por tratarse de una violación grave a derechos humanos, y en consideración del carácter permanente o continuo de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca el paradero de la víctima o se identifiquen sus restos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción,

---

[114] Cabe precisar que este desarrollo se debe en gran parte a la capacidad de las partes de solicitar y argumentar medidas de reparación más allá de los cánones tradicionales, y también del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido capaz de escuchar a las víctimas y de traducir su conocimiento sobre sus condiciones en propuestas y demandas creativas. Ello no desmerece la capacidad de la Corte para evaluar dichas medidas y para acoger aquellas solicitudes suficientemente fundadas.

[115] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, Nº. 209, párr. 334.

[116] *Ibidem*, párrs. 335 y 336.

[117] Corte IDH. *Caso Gómez Lund vs. Brasil, supra* 90, párrs. 258 a 263.

> irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación.[118]

No obstante, el resultado de estas órdenes ha sido muy limitado. Aún transcurrido extensos periodos en los que la Corte ha mantenido en supervisión el cumplimiento de sus sentencias, las investigaciones ordenadas no avanzan o son simplemente cerradas por prescripción u otra causa. Es importante notar que en estos casos la Corte ha insistido

> que si bien la prescripción debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad.[119]

Asimismo, ha rechazado la aplicación del principio *ne bis in idem* cuando la sentencia dictada adolece de vicios graves, produciendo "una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'",[120] ordenando la remisión de copias de las partes relevantes del expediente para examinar si la cosa juzgada dictada en ellos adolece de vicios que la hagan fraudulenta.[121]

b. Medidas de satisfacción

La jurisprudencia de la Corte no ha sido del todo consistente en su formulación de medidas de satisfacción, confundiéndolas con frecuencia con garantías de no repetición. Las medidas de satisfacción dispuestas frecuentemente constituyen respuestas precisas a algunas consecuencias de las violaciones que no pueden ser enfrentadas mediante el pago de indemnizaciones. Sin embargo, en ocasiones la Corte rotula como tales medidas que son respuesta a las causas que llevaron a las violaciones constatadas, que es más correcto catalogar como garantías de no repetición. La confusión es comprensible pues muchas medidas de garantías de no repetición tienen una gran *importancia simbólica* para la satisfacción de las víctimas, y en ocasiones se sostiene además que la reivindicación histórica y de la dignidad de una víctima y de su lucha es importante también para la no repetición de los hechos.

En efecto, el componente simbólico de la reparación no puede estar dado sólo por algunas mediadas a las que se les atribuye dicho efecto. Toda reparación comparte la *doble naturaleza de ser simbólica y material*, se puede afirmar que el conjunto de las medidas de reparación deben apuntar a la satisfacción de las víctimas. En efecto, la reparación puede ser entendida fundamentalmente como un *mensaje* que se otorga a las víctimas a través de medios simbólicos y materiales. La forma de incorporar a las víctimas en su definición, o la forma como estas medidas son entregadas, pueden ser tan importantes como el contenido material de las medidas mismas. Más aún, el grado de satisfacción de ellas estará dado por este conjunto de mensajes, así como por aquellos que las víctimas reciban de las diferentes autoridades y de otros actores sociales.[122] Así, es posible afirmar todas ellas comparten la naturaleza de ser medidas de satisfacción.

---

[118] Extractado de Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, Nº. 232 párr. 185; y de Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, Nº. 240, párr. 285.

[119] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 1 de julio de 2011, párr. 40.

[120] *Ibidem*, párr. 41.

[121] *Ibidem*, párr. 42.

[122] Ver Correa, Cristián, Reparations for victims of massive crimes: making concrete a message of inclusion, en Letschert, R., Haveman, R., Brouwer, A. M., & Pemberton, A., (eds.), *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia (2011), páginas 185 a 233.

Más allá de cómo la Corte las catalogue, entre las medidas de satisfacción ella ha dispuesto la realización de actos simbólicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado,[123] la instalación de placas conmemorativas en lugares de significación, como el recinto donde una víctima permaneció detenida antes de su desaparición,[124] la publicación de partes de la sentencia,[125] su difusión radial en la lengua propia de la víctima y su comunidad,[126] medidas de conmemoración y homenaje a la víctima,[127] y creación de becas a nombre de éstas.[128] En otro caso ha tenido en consideración la pertenencia de la víctima a una comunidad indígena para ordenar la búsqueda, exhumación en presencia de sus familiares y entrega de sus restos a ellos.[129]

Es interesante notar que *no es inocuo quien participa* de estas medidas simbólicas. En casos en los que la responsabilidad directa de la violación es de las autoridades de un Estado, no ha bastado a las víctimas con que en la ceremonia de disculpas concurran sólo autoridades del Gobierno Federal.[130] En un caso relativo a la dictación de sentencias y de la práctica de investigaciones discriminatorias por parte del Poder Judicial, la Corte ha sido explícita en que autoridades de dicho poder del Estado deben estar presentes en la *ceremonia de disculpas*.[131]

A pesar de la importancia de estas formas de reparación, en algunos casos la Corte ha rechazado solicitudes para construir un museo en homenaje a un líder desaparecido, apoyar la cooperativa de la que era dirigente, redenominar un instituto de estudios a su nombre, y crear un fondo para otorgar becas para una escuela de liderazgo, señalando que la emisión de la sentencia y las reparaciones dispuestas son suficientes.[132] Estos rechazos no están del todo justificados, dado que se argumentó en el proceso la existencia de una relación entre el legado de la víctima o las causas a las que dedicó su vida, que provocaron que fuera objeto de represión. En otro caso la Corte rechazó la solicitud de establecer un Día del Detenido Desaparecido, por no haberse fundamentado suficientemente su motivo, considerando la ya existencia de las conmemoraciones existentes respecto del incidente particular a que se refiere la sentencia y a las medidas de reparación simbólicas implementadas por el Estado.[133]

c. Garantías de no repetición

El asegurar la no repetición de las violaciones implica efectuar aquellas reformas institucionales o implementar políticas educacionales o de otro índole que *incrementen la protección de los derechos de las personas y disminuyan la cultura de abuso, tolerancia o discriminación* de parte de servidores

[123] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Nº. 221, párr. 266.

[124] *Ibidem*, párr. 267.

[125] *Ibidem*, párr. 271.

[126] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, supra* 92, párr. 245.

[127] En el caso de la desaparición forzada de un líder político, la Corte incluso dispuso como medida de satisfacción, así como de preservación de la memoria, que, además de la existencia ya de una calle y un monumento, y de las gestiones del Estado para nombrar una escuela en su homenaje, la realización de una publicación y de un documental audiovisual sobre la vida de ésta, los que deberán hacerse en coordinación con sus familiares. Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, Nº. 213, párrs. 227 a 230.

[128] *Ibidem*, párr. 233.

[129] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, Nº. 91, párrs. 81 y 82.

[130] Según lo relatado al autor por Omeheira López, anterior Jefa de la Unidad de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación de México, en base a su constatación sobre la demanda de las víctimas luego de asistir a dicha ceremonia. Entrevista efectuada en noviembre de 2011. Confrontar con capítulo referido al artículo 28, sobre la cláusula federal, aunque este problema puede surgir en otras formas de distribución de competencias territoriales, y no sólo en estructuras federales.

[131] Corte IDH. *Caso Riffo y niñas vs. Chile, supra* 63, párr. 264.

[132] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, supra* 92, párrs. 249 a 252.

[133] Corte IDH. *Caso Gómez Lund vs. Brasil, supra* 90, párr. 280.

públicos, operadores de justicia o de la población en general.[134] Como se ha dicho, esta sección de las sentencias es la que ofrece posibilidades mayores para incrementar la protección general del Estado a los derechos de las personas. Se puede entender que a través de ella la Corte destila las lecciones fundamentales sobre aquello que falló en las instituciones estatales y que dieron lugar a la violación. Ello da lugar a mandatos de la Corte para la *modificación de ciertas normas legales*, como forma concreta de adecuación de su derecho interno a la Convención;[135] a la *tipificación de ciertos delitos,* como el de desaparición forzada; la adecuación de ciertos tipos penales para mejorar la protección de derechos garantizados por la Convención;[136] o la *ratificación de ciertas convenciones internacionales*.[137] También ha incluido "medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias"[138] para garantizar la no repetición. Algunos de estos mecanismos se refieren en forma precisa a *prevenir ciertas violaciones* cometidas, como la realización de un programa de registro y documentación de los habitantes de una comunidad indígena sin requerir para ello su traslado a la capital, para asegurar que los miembros de la comunidad cuenten con los documentos necesarios para ejercer su derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.[139]

La jurisprudencia de la Corte sobre este tipo de medidas ha especificado algunas de sus características:

i. Ellas obligan a todos los órganos del Estado;

ii. No implican una revisión en abstracto de la legislación nacional sino deben estar estrictamente vinculadas a la capacidad de prevenir la no repetición. Debe tratarse de solicitudes específicas y motivadas, aunque pueden tener una aplicación general;

iii. Son resultado de la obligación general de garantía y de adopción de disposiciones de derecho interno, pero además, no obstan a la obligación general de los Estados de garantizar los derechos y adecuar su legislación interna.

iv. Varían respecto del grado de especificidad y detalle, de acuerdo a las circunstancias, existiendo mayor detalle en casos en los que la Corte considera necesario garantizar la protección de grupos vulnerables;

vs. Cuando implican la implementación de programas, acciones o servicios al Estado, también exige la existencia de un vínculo directo y comprende la revisión de medidas adoptadas por el Estado, exigiendo evidencia empírica de los cambios que ellas han producido para garantizar la no repetición.

A continuación se examinarán brevemente cada una de estas características.

i. *Obligación referida a todos los órganos del Estado*

En virtud de la aplicación del artículo 27 de la CVDT la Corte ha afirmado que *todos los órganos del Estado se encuentran obligados a dar cumplimiento a las medidas de reparación adoptadas.* Ello ofrece desafíos particulares cuando se trata de medidas que involucran a poderes diferentes al Ejecutivo, que es el que participa en los litigios. Dada la independencia de los Poderes Judicial y Legislativo, el Gobierno no puede garantizar el cumplimiento de éstos. Sin embargo, ello no exime al Estado en su

---

[134] Ver, a modo ejemplar, las medidas enumeradas en el Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación de Naciones Unidas, *supra* 1.

[135] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, supra* 115, párr. 338; y Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile, supra* 86, párrs. 145, 151, 154 a 156.

[136] Corte IDH. C*aso Radilla Pacheco vs. México, supra* 115, párr. 344.

[137] Corte IDH. *Caso Gómez Lund vs. Brasil, supra* 90, párr. 287.

[138] Por ejemplo, para "crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas", es decir, no sólo referido a la comunidad cuyo derecho fue violado en este caso, sino todas las comunidades indígenas. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, supra* 21, párr. 164.

[139] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, supra* 42, párr. 307 y 308 en relación al párr. 252.

conjunto de cumplir sus obligaciones, que son referidas no al Gobierno, sino a todos los órganos y poderes del Estado. Así, respecto de medidas de *carácter legislativo*, la Corte ha precisado que

> Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, el Estado no debe limitarse a 'impulsar' el proyecto de ley correspondiente, sino *asegurar su pronta sanción y entrada en vigor*, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno para ello.[140]

Como parte de estas medidas, la Corte también ha recordado a los Estados que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un *'control de convencionalidad'* entre las normas internas y la Convención Americana".[141]

ii. Necesidad de un vínculo directo entre las modificaciones legislativas ordenadas y su capacidad para prevenir la re ocurrencia de las violaciones establecidas.

La Corte ha sido cauta en *no extralimitarse*, en función de esta atribución, más allá de la revisión de la legislación estrictamente referida a la violación específica. Así, ha rechazado revisar aspectos de la legislación de un país que son contrarios a la Convención, según la Comisión, cuando aquellos aspectos específicos a los que se refirió un caso habían sido ya modificados durante la tramitación del juicio. Al fundamentar esta decisión precisó

> que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto*, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención.[142]

En otro caso la Corte explicitó que no podía pronunciarse sobre solicitudes de modificaciones legales si en el proceso no se había establecido que las violaciones habían sido cometidas como resultado de deficiencias en ella.

> En el presente caso, la Corte se limitó a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias. El Tribunal no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana ni fue ello materia de este caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitan inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas. Por tanto, la Corte considera que no es pertinente, en las circunstancias del presente caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.[143]

Sin embargo, esto no implica que estas disposiciones se limiten al caso específico. Identificada una norma como violatoria de la Convención, en razón de haber sido causa directa de una violación establecida en el juicio, la Corte ha ordenado su modificación o derogación con efectos generales. Ello ha sido particularmente explicitado en relación a las leyes de autoamnistía, respecto de una de las cuales la Corte ha ordenado no sólo "que no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones"[144] del caso específico motivo del juicio, sino también para que no lo sea "para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables *de otras violaciones similares*".[145]

[140] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, supra* 115, párr. 344. Destacado del autor.

[141] *Ibid*, párr. 339. Destacado del autor. Es interesante notar que con posterioridad a esta y otras sentencias el México aprobó una importante reforma constitucional que incluyó la recepción del derecho internacional de derechos humanos y su Corte Suprema ha acogido la obligación de todos los tribunales de ejercer control de convencionalidad.

[142] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, Nº. 218, párr. 285. Destacado del autor.

[143] Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, supra* 63, párr. 280.

[144] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile, supra* 86, párr. 171.5.

[145] *Ibidem*, párr. 171.6. Destacado del autor.

iii. Garantías de no repetición y obligación general de garantía y de adopción de disposiciones de derecho interno

Sin perjuicio de la inhibición a pronunciarse sobre la legislación en estos casos, la Corte ha insistido en respecto de ellos que persiste la obligación de garantizar. Así, en ellos ha

> recorda[do] al Estado que debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus *deberes de prevención y garantía* de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.[146]

Esto, dijo la Corte, se refiere no sólo a la adopción de medidas directamente relacionadas con el caso en cuestión, sino con el cumplimiento de todas las obligaciones que derivan de la Convención. Así, si bien la Corte en este caso se abstuvo de pronunciarse sobre una norma cuestionada por la Comisión pero que no fue aplicada en contra de la víctima, especificó que como parte de su deber de garantía el Estado debía

> adoptar medidas legislativas y de otro carácter que fueran necesarios para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención Americana [las que deberán], irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en una *efectiva aplicación práctica*.[147]

A mayor abundamiento, en casos en los que no ha ordenado modificaciones legislativas, la Corte ha precisado el contenido de la supremacía de las normas de la Convención por sobre las normas internas, como resultado de la inadmisibilidad de invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En base a ello ha recordado al Estado

> que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.[148]

La amplia formulación sobre la adecuación del derecho y de la práctica jurídica interna no se limita a medidas de mero carácter legislativo, sino *incluye a otras de carácter administrativas o de otra naturaleza*. Sin embargo, esta amplitud ha sido objeto de críticas. Se ha advertido que ella podría llevar a considerar "que un recurso procesal que beneficie a la defensa [sea] en la práctica un obstáculo para la administración de justicia y debería ser dejado sin efectos jurídicos".[149] No obstante, dado que los derechos humanos deben ser interpretados en su conjunto, este temor debe ser desestimado. *La obligación de investigar y sancionar no puede sobrepasar los límites del debido proceso*, una garantía también establecida en la Convención, por lo que el reconocimiento de derechos a la defensa no puede ser entendido como un obstáculo que debe ser removido. La obligación de investigar es una obligación de medios, y descansa en la capacidad de investigadores y fiscales de allegar evidencias que permitan al juez arribar a una sentencia condenatoria. En caso de conflicto entre ambas obligaciones será clave determinar en qué medida el recurso procesal que favorezca a la defensa no se vio favorecido por una actuación negligente o discriminatoria de la fiscalía, o fue resuelto aplicando normas que la Corte ha declarado contrarias a la obligación de investigar este tipo de violaciones.

---

[146] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *supra* 142, párr. 286. Destacado del autor.

[147] *Ibidem*, Destacado del autor.

[148] Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile*, *supra* 63, párr. 281.

[149] Herencia Carrasco, Salvador, Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Christian Steiner (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internaciona*l, Fundación Konrad Adenauer, Berlín-Ciudad de México-Montevideo (2011), página 383.

ii. Grado de especificidad de las órdenes de adecuación normativa

En general, al ordenar medidas de adecuación legislativa, la Corte emplea *expresiones amplias, definidas por la finalidad de ellas: garantizar los derechos consagrados en la Convención*. Ellas no contienen el detalle de cómo el Estado debe garantizar la no repetición, y se limitan a disponer, por ejemplo, "iniciar el proceso por el cual se incorpore 'la figura jurídica que resulte más conveniente' para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales",[150] o "asegurarse" que una norma violatoria de uno de los derechos consagrados por la Convención "no siga representando un obstáculo"[151] para el ejercicio del derecho violado.

No obstante, en algunos casos, la Corte ha sido prescriptiva respecto del contenido de la adecuación legislativa que el Estado debe hacer, especialmente cuando se trata de derechos cuyo desarrollo en la Convención no son suficientemente detallados. Así, ha dispuesto que el Estado adopte

> medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad. Este sistema deberá consagrar normas sustantivas que garanticen: a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación. Además, este sistema deberá consagrar que una autoridad judicial sea la competente para resolver los conflictos que se presenten entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.[152]

En efecto, la Corte ha sido atenta a las *condiciones particulares de vulnerabilidad* de personas pertenecientes a ciertos grupos, particularmente a comunidades indígenas, para ejercer sus derechos. Así, junto con imponer la obligación de investigar los hechos, ha indicado que

> La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[153]

ii. *Exigencias en materia de disponer la implementación de acciones, programas o servicios para prevenir la no repetición.*

La Corte ha sido exigente tanto con los estados como con los representantes de las víctimas y la Comisión para pronunciarse sobre la implementación o modificación de políticas, programas o servicios que garanticen la no repetición. Respecto del Estado, esta exigencia se refiere a demostrar que esas políticas efectivamente *producen el efecto esperado* de ellas. Respecto de los representantes y de la Comisión, que sus deficiencias se *vinculan directamente con la violación constatada* en el caso, o que su mejoramiento o implementación es efectivamente *necesario* para garantizar la no repetición. Para observar esto es conveniente revisar los criterios adoptados por la Corte para rechazar o aceptar estas medidas, o las exigencias impuestas a las partes en relación a sus peticiones o alegatos.

Como parte de las medidas de satisfacción, o en otras ocasiones explícitamente como garantías de no repetición, la Corte ha incluido la *capacitación en derechos humanos* o de aspectos específicos referidos

---

[150] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, Nº. 87, párr. 50.5.b.

[151] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *supra* 86, párr. 171.5.

[152] Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, Nº. 214, párr. 310.

[153] Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, Nº. 147, párr. 202.

a la vulneración establecida, en relación a funcionarios públicos, particularmente "a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial y de la Policía";[154] a "las fuerzas armadas",[155] o "a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho".[156] Otro tipo de medidas frecuentemente dispuestas por la Corte se refieren al *acceso a la información del Estado,* ya sea en relación a aquella información necesaria para la realización de las investigaciones ordenadas, o en general con el objeto de fortalecer los mecanismos jurídicos e institucionales para garantizar la transparencia en las decisiones públicas y el acceso a archivos.[157]

No obstante, en algunos casos, para disponer estas medidas la Corte ha exigido *evidencia sobre su necesidad y sobre su vinculación con la violación establecida.* Ha rechazado peticiones cuando ellas, a su juicio, no son suficientemente motivadas y fundamentadas, o son genéricas, no aportándose prueba o argumentación que permita analizar su finalidad, razonabilidad y alcance.[158] En otros ha acogido sólo parcialmente la solicitud, por ejemplo, respondiendo a la demanda de creación de un centro de salud integral en la comunidad indígena de una víctima de violación sexual, mediante el fortalecimiento del centro de salud existente en una comunidad vecina.[159]

En un caso en que se solicitó un programa de divulgación general, la Corte rechazó la solicitud al constatar que dichos programas ya existen y que los representantes no aportaron información sobre las deficiencias de ellos.[160] También fue rechazada una solicitud de capacitación a funcionarios públicos sobre su obligación de cumplir las decisiones judiciales en un caso, aduciendo la Corte que no se había acreditado "la existencia de patrones generalizados de incumplimiento de fallos".[161]

En casos en los que el Estado ha implementado una serie de medidas para garantizar la no repetición, como procesos de entrenamiento de funcionarios públicos, creación de instituciones y programas de prevención y atención a víctimas de discriminación, e incluso adecuaciones legislativas, la Corte los ha valorado. Respecto de uno de ellos ha dicho que las medidas adoptadas "constituyen indicadores estructurales relacionados con la adopción de normas que, en principio, tienen como objetivo enfrentar la violencia y la discriminación contra la mujer en un contexto como el que ha sido probado en este caso".[162] Sin embargo, también ha dicho que las referidas medidas no son evidencia suficiente de su efectivo impacto para garantizar la no repetición.

Para efectuar estas evaluaciones la Corte exige de la Comisión, de los representantes y también del Estado, aportar información suficiente. Ello ha ocurrido especialmente ante solicitudes que involucran medidas de alta complejidad, como aquellas referidas a superar un contexto específico de discriminación estructural. En un caso de este tipo la Corte exigió previamente debe contar con información sobre el impacto de las referidas medidas en reducir los niveles de discriminación constatados. Dicha exigencia la ha hecho tanto al Estado, para acreditar que las medidas han producido el efecto buscado, como a la Comisión y a los representantes, para fundamentar sus solicitudes de medidas adicionales. Particularmente interesantes son las exigencias impuestas por la Corte en materia de *indicadores*

[154] Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, Nº. 220, párr. 245.
[155] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México, supra* 72, párr. 249.
[156] Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile, supra* 53, párr. 165.
[157] Corte IDH. *Caso Gómez Lund vs. Brasil, supra* 90, párr. 293.
[158] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México, supra* 72, párrs. 232, 238 y 269.
[159] *Ibidem,* párr. 260.
[160] *Ibidem,* párr. 267.
[161] Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C, Nº. 228, párr. 144.
[162] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, supra* 18, párr. 494.

que demuestren "cómo las políticas implementadas por el Estado puedan constituir reparaciones con perspectiva de género".[163] Ellas se refieren a que:

1. Cuestionen y estén en capacidad de modificar, a través de medidas especiales el *status quo* que causa y mantiene la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género;

2. Hayan constituido claramente un avance en la superación de la desigualdades jurídicas, políticas y sociales, formales o *de facto*, que sean injustificadas por causar, fomentar o reproducir los factores de discriminación por razón de género, y

3. Sensibilicen a los funcionarios públicos y a la sociedad sobre el impacto de los factores de discriminación contra las mujeres en los ámbitos público y privado",[164]

El énfasis en obtención de *evidencia empírica* para pronunciarse sobre las medidas adoptadas es una importante contribución para efectivamente garantizar la no repetición. Ella constituye una exigencia necesaria en un contexto en el que las declaraciones y normas promulgadas en muchas ocasiones no tienen relación con las condiciones de vida de las personas, especialmente la población pobre, sectores discriminados o los miembros de comunidades indígenas. No obstante, las exigencias pueden implicar procesos de reformas políticas y hasta culturales que pueden tomar años, y cuya evaluación puede resultar difícil para un tribunal con limitada capacidad de seguimiento.

d. Medidas de rehabilitación

En las sentencias más recientes la Corte ha incluido junto con las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las medidas de rehabilitación. En ellas estas medidas están claramente diferenciadas, y con frecuencia incluyen la *atención médica y psicológica* de los familiares de muertos o desaparecidos o de las víctimas sobrevivientes que han sufrido traumas serios como resultado de la violación.

Las condiciones de prestación de estos servicios han sido progresivamente definidas por la Corte. En sus últimas sentencias ha dispuesto que estos servicios deben ser *gratuitos*, y prestados por *profesionales especializados*, usualmente de instituciones públicas (salvo que el Estado carezca de ellos, en cuyo caso se deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas). También deben ser brindados en *lugares cercanos y accesibles* para las víctimas, deben incluir *tratamientos familiares e individuales*, de acuerdo a una *evaluación individual*, y deben ser *consentidos* por éstas.[165] En los casos de víctimas que no residen en el territorio del Estado condenado, la Corte ha dispuesto el otorgamiento de una suma de dinero en caso que ella solicitara tales tratamientos.[166] También ha dispuesto el otorgamiento de *becas de estudio* para la víctima directa y sus familiares cercanos, al constatar que la violación "ocasionó cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones, afectando así su desarrollo personal",[167] como se verá más adelante en relación al concepto de daño al proyecto de vida.

Una situación particular la constituyen casos de despojo de tierras a comunidades indígenas. En uno de ellos la Corte ha dispuesto también como medidas de rehabilitación el *suministro de bienes y la prestación de servicios básicos hasta que se entregue a la comunidad su territorio tradicional.* Ello comprende la realización de un estudio sobre las necesidades de la comunidad en relación a dichos servicios, y la periodicidad y forma de entrega de ellos, el que deberá hacerse considerando el punto de vista de los miembros de la comunidad.[168]

Como se puede observar, este conjunto de medidas pueden ser entendidas tanto como formas de garantizar el goce de derechos conculcados, como forma de restitución, o como forma de satisfacción.

[163] *Ibidem*, párr. 495.
[164] *Ibid*.
[165] Corte IDH. *Caso Gómez Lund vs. Brasil, supra* 90, párr. 268.
[166] *Ibidem*, párr. 269.
[167] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra* 72, párr. 257.
[168] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, supra* 42, párrs. 301 a 306.

Lo importante no es tanto la forma como ellas son calificadas por la Corte en sus sentencias, sino la *capacidad de ellas de responder a las diferentes consecuencias* que la violación de un derecho ha tenido y de disponer el cumplimiento de medidas apropiadas, algunas de las cuales se refieren a la víctima en particular, pero que frecuentemente tienen un impacto mayor en el resto de la sociedad.

2. Indemnizaciones compensatorias

El otorgamiento de indemnizaciones es la forma más frecuente y tradicional de entender la obligación de reparar. Ella constituye la forma de reparar un daño causado, según ha dicho la Corte desde su primer fallo sobre reparaciones,[169] particularmente respecto de atentados en contra de la vida de las personas.[170] La indemnización del daño material y moral es entendida como una forma sustitutiva de reparación a favor de los familiares y dependientes de la víctima por no ser posible la *restitutio in integrum* en caso de violación de la vida.[171] Esta forma de reparación fue la única establecida por la Corte en sus primeros años, influenciada por la tradición jurídica iusprivatista, aunque como se ha visto, posteriormente se han incorporado otras modalidades.[172] Los factores que ha utilizado la Corte para definir estas indemnizaciones no sólo pueden ser relevantes para la litigación internacional, sino también *pueden ser de utilidad en litigios nacionales*, para apoyar la fundamentación y definición de decisiones e el ámbito interno.

Es importante notar, además, que la Corte ha adoptado una serie de medidas para *proteger la integridad de las condenas de indemnización.* Para efectos de asegurar mantener su valor adquisitivo, ellas son fijadas en dólares de EE.UU., o en una cantidad equivalente en moneda nacional, precisando que el tipo de cambio debe corresponder al vigente el día anterior en la plaza de Nueva York. La Corte establece un plazo para que el Estado haga el pago, disponiendo la aplicación de intereses moratorios bancario del país, en caso de retardo. Adicionalmente, cuando ha dispuesto de medidas de reparación a favor de personas que son menores de edad, ha ordenado la creación de fideicomisos en su beneficio, fijando estándares para su seguridad e integridad. A su vez, si los beneficiarios no recibieran el pago, el Estado deberá depositarlas en una cuenta o certificado de depósito en las condiciones más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, y al cabo de 10 años el Estado podrá reclamar su devolución. Otra protección importante es que estas cantidades deben ser pagadas íntegramente a los beneficiarios o a sus herederos, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales. Estas medidas de protección también son aplicables a la condena en costas.

a. Reparación del daño emergente

La Corte ha definido que la reparación del daño emergente "supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso *sub judice*".[173] Los ítems o tipos de perjuicio que la Corte ha dispuesto a ser incluidos como daño emergente varían según el caso y según la conclusión a que ella llega sobre los ilícitos cometidos y sus consecuencias. Así ha dispuesto el pago de indemnizaciones compensatorias de los *salarios que la víctima dejó de percibir durante su privación de libertad,*[174] de los *salarios y demás derechos laborales que trabajadores arbitrariamente despedidos dejaron de percibir,*[175] los *gastos médicos incurridos* por una víctima,[176] de los gastos incurridos por

[169] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 8, párr. 25.
[170] Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 16, párr. 189.
[171] Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela, supra* 55, párr. 16.
[172] Nash Rojas, Claudio, *supra* 20, página 37.
[173] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, supra* 129, párr. 43.
[174] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, supra 37, párr. 129, letra a).
[175] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, supra* 34, párrs. 203 a 205.
[176] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, supra* 37, párr. 129, letra b).

los familiares de la víctima en sus *visitas a su lugar de reclusión*,[177] en la *búsqueda de una persona desaparecida o asesinada*,[178] o de los *gastos funerarios y de traslados al funeral de la víctima*.[179] Otra modalidad ha sido fijar una suma para compensar gastos incurridos por familiares de una víctima de desaparición forzada que padecieron *afecciones a la salud física y psicológica*, por concepto de daño emergente, fijando un monto por equidad que incluía también gastos incurridos en la búsqueda de la víctima.[180]

Una primera confusión que surge al observar la enumeración anterior es la referida a la calificación de daño emergente por la pérdida de salarios. En un caso de despidos arbitrarios la indemnización a que tendría derecho un trabajador arbitrariamente despedido, de acuerdo al derecho laboral y a su régimen de contratación es claramente un daño emergente. Sin embargo, los salarios que una persona ha dejado de percibir desde la fecha de su alejamiento del trabajo, o durante su privación de libertad, debieran ser considerados como lucro cesante.

La Corte, inicialmente, confundió también el reintegro de costas con la reparación por gastos incurridos en las gestiones judiciales a nivel nacional. Sin embargo, ello lo ha corregido, al desarrollar los componentes que deben ser cubiertos en la condenación a costas.

La Corte no se ha limitado a considerar dentro del daño emergente los perjuicios directamente asociados a una violación. Haciendo una interpretación extensiva del daño emergente la Corte ha reconocido como tal el

> daño patrimonial del grupo familiar por los perjuicios materiales sufridos por sus integrantes, debido a las consecuencias que trajo consigo la desaparición de Ernesto Rafael Castillo Páez, en *detrimento de las actividades laborales o comerciales del grupo familiar*[…]. La Corte reconoce la dificultad que existe para determinar tanto el daño ocasionado bajo este rubro como su cuantía, especialmente porque no es posible establecer el nexo causal entre el hecho y las supuestas consecuencias, derivadas de él, a las que se refiere esta parte de la pretensión: quiebra de la actividad comercial del padre de la víctima, venta de la casa de habitación de la familia por debajo del precio de mercado y otros aspectos señalados […]. Sin embargo, la Corte considera que, en términos reales, existió un daño patrimonial general ocasionado al grupo familiar por la desaparición de un miembro de ella, por motivos imputables al Estado, lo cual generó a la familia trastornos económicos y de otra índole que deben ser reparados".[181]

La sentencia también incluyó las "erogaciones con motivo del *traslado de la familia* [de la víctima] a Holanda, donde sus integrantes tienen refugio humanitario y asilo político".[182]

En otra sentencia la Corte ha considerado que deben ser indemnizados los "*gastos médicos futuros* de la víctima [de detención arbitraria y torturas] y de sus hijos, pues dice que existe evidencia suficiente que demuestra sus padecimientos se originaron en la reclusión de la primera y este hecho no ha sido desvirtuado por el Estado",[183] aunque este podría ser definido como un caso de rehabilitación, más que de indemnización del daño emergente.

Los montos en todos estos casos no han sido cuantiosos y han sido regularmente determinados por equidad, en cantidades bastante inferiores a lo solicitado. La Corte ha fijado en equidad también la

---

[177] *Ibidem*, párr. 129, letra c).
[178] Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*, supra 85, párr. 49.
[179] Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, Nº. 196, párrs. 168 a 172.
[180] Corte IDH. *Caso Ticona Estrada vs. Bolivia, supra* 84, párrs. 119, 122 y 125.
[181] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú, supra* 27, párr. 76. Destacado del autor.
[182] *Ibidem*, párr. 77. Destacado del autor.
[183] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, supra* 37, párr. 129, letra d). Destacado del autor.

indemnización como consecuencia de los gastos de mudanza a otra ciudad de una persona y su familia víctima de censura y confiscación de una publicación.[184]

Como en todas las medidas de reparación, la exige la existencia de cierto *vínculo causal* para reconocer el daño emergente sufrido por familiares de una víctima. Así, la Corte ha denegado la reparación por este concepto en relación a la alegada pérdida de varias propiedades por parte de los hijos de una víctima de desaparición forzada como resultado de los esfuerzos de búsqueda y de la manutención de la familia, afirmando que

> el Tribunal advierte que de la prueba aportada por los representantes no se desprenden elementos suficientes que le permitan establecer el daño alegado y su conexión con los hechos de desaparición forzada del señor Radilla Pacheco, por lo que no es posible fijar un monto específico al respecto.[185]

Otra exigencia común a las demás medidas de reparación es la *acreditación de los perjuicios.* En un caso la Corte no otorgó compensación por gastos de atención médica y psiquiátrica, debido a que los representantes no aportaron pruebas sobre dichas atenciones, ni tampoco una estimación de los gastos incurridos, aun cuando por la naturaleza y gravedad de los hechos las afectaciones psicológicas resulten evidentes, concluyendo que "para que la Corte pueda ordenar el reintegro de gastos por daño emergente, éstos deben ser acreditados".[186] No obstante, la Corte otorgó indemnización por los gastos incurridos en la búsqueda de la víctima y en sus gestiones por obtener justicia sin exigir una acreditación de dichos gastos, y en base a la equidad.[187]

Como se puede observar, en estas sentencias la Corte ha utilizado *criterios diferentes* entre víctimas de casos resueltos en la misma época, respecto al umbral de prueba sobre el daño emergente. Pareciera que el criterio definido fuera exigir alguna evidencia de los tratamientos médicos o de las pérdidas incurridas y su conexión con la búsqueda o las consecuencias de la violación, pero no pruebas específicas de gastos incurridos y sus montos. Ello se justifica, dada la naturaleza de los casos que conoce la Corte. No obstante, el empleo de este criterio flexible, que descansa en la facultad de la Corte de determinar en equidad los montos se traduce, con frecuencia, en la falta de armonía suficiente entre las diferentes sentencias respecto del tratamiento que la Corte exige. Se observan, así, valoraciones diferentes para la concesión o no de reparación por este concepto, o para la determinación de los montos. Esta situación constituye una debilidad de la jurisprudencia de la Corte, tratándose el daño emergente de una materia en la que debieran existir bases más sólidas para su determinación.

b. Reparación por pérdida de ingresos

La Corte *ha reconocido en forma invariable la obligación de reparar el lucro cesante.* No obstante, en forma similar, pero aún más acentuada que respecto del daño emergente, *pero ha utilizado formas muy dispares para determinarlo.* Uno de los factores frecuentes para su determinación ha sido su *rechazo al empleo de mecanismos basados en la legislación interna,* como los sistemas de seguridad social de que la víctima era beneficiaria, aunque lo ha admitido en casos de cierta complejidad, como para la evaluación de las ganancias dejadas de percibir en el mercado de valores. La Corte también ha distinguido para la forma de establecer la reparación a este tipo de daño si el beneficiario de ella es la *víctima directa o su familia,* pero no ha sido sistemática en el uso de dicho criterio. Otros aspectos que la Corte ha afirmado importantes para determinar la reparación por lucro cesante se refieren al *grado de certeza* de que los eventuales ingresos no percibidos se habrían producido, y a la existencia de un vínculo causal entre la violación y la pérdida de ingresos. Sin embargo, los estándares empleados por la Corte para decidir estas cuestiones tienen variaciones significativas.

---

[184] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, supra* 50, párr. 243.
[185] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, supra* 115, párr. 368.
[186] *Ibidem,* párr. 369.
[187] *Ibidem,* párr. 370.

(1) Uso de mecanismos nacionales para el cálculo de la reparación por pérdida de ingresos

Desde sus primeras sentencias la Corte ha señalado que "la desaparición [de la víctima] no puede considerarse muerte accidental para efectos de su indemnización, puesto que ella es el resultado de graves hechos imputables [al Estado]",[188] *rechazando* así la pretensión del Estado de utilizar como base del cálculo de la indemnización las normas aplicables a la víctima en conformidad al *sistema de seguridad social* al que estaba sujeta. Por el contrario, la Corte afirmó en este caso que "la base para fijar el monto de la indemnización no puede, por consiguiente, apoyarse en prestaciones tales como el seguro de vida, sino que debe calcularse un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural".[189] Este principio ha sido afirmado en la gran mayoría de las sentencias de la Corte, definiendo ella la modalidad de cálculo de la reparación por pérdida de ingresos.

No obstante, en un caso de naturaleza muy diferente, en el que una persona fue privada de su nacionalidad para coartar su derecho a la libre expresión, resultando en la privación del uso y goce de su propiedad sobre un canal de televisión, la Corte dispuso que "en cuanto al resarcimiento relativo a los dividendos y demás percepciones que le hubieren correspondido [a la víctima] deberá igualmente aplicarse el derecho interno. Para ello, las peticiones respectivas deben someterse a las autoridades nacionales competentes".[190] Esta *remisión a mecanismos nacionales* para la determinación de la indemnización del lucro cesante *no es frecuentemente empleada,* sino sólo en casos de alta complejidad y especificidad.

(2) Criterio para la definición de los ingresos dejados de percibir por muerte o desaparición

Rechazado el empleo de mecanismos nacionales, la Corte ha definido su propio criterio para definir las pérdidas por *pérdida de ingresos*. En su primera sentencia sobre reparación la Corte estableció su criterio básico sobre esta materia.

> Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.[191]

Este criterio ha sido confirmado posteriormente, disponiendo que

> la pérdida de ingresos ocasionada por la interrupción no voluntaria de la vida laboral de las víctimas, debe ser cuantificado a partir de ciertos *indicadores objetivos* (edad del fallecido, expectativa de vida en el país, actividad laboral de las víctimas, salario percibido o salario mínimo mensual vigente en el país).[192]

A ello la Corte suele descontar 25% por concepto de gastos personales en los que habría incurrido ella, salvo en los casos en que la víctima sobreviviente está afectada por incapacidad absoluta.[193]

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte no ha sido del todo uniforme en la determinación de uno de los factores que comprende el cálculo de la pérdida de ingresos, como es la consideración de las *expectativas futuras de ingreso* de las víctimas para el cálculo del lucro cesante. En su primera sentencia la Corte estableció que el cálculo del lucro cesante debía hacerse en base a los ingresos actuales, y no a la expectativa superior de ingresos demandada por la familia en base a la calidad de estudiante de la

[188] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 8, párr. 46.
[189] *Ibid*.
[190] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, supra* 35, párr. 181.
[191] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 8, párr. 47.
[192] Corte IDH. *Caso* del *Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C, Nº. 95, párr. 80 d). Destacado del autor.
[193] *Ibidem*, párrs. 88 y 89.

víctima y a la estimación que, finalizados sus estudios, sus ingresos serían superiores. No obstante, la Corte finalmente fijó una indemnización por lucro cesante basada en la equidad. El monto otorgado fue la mitad de lo solicitado por la familia de la víctima y un tercio del monto al que se llegaría siguiendo la proyección de los ingresos que tenía la víctima por el resto de su vida laboral.[194] Así, si bien es difícil discernir con exactitud la fórmula de cálculo empleada por la Corte, lo resuelto reconoce en parte que los ingresos de la víctima *se incrementarían más allá de su salario al momento de los hechos, aunque considerando también la incertidumbre de dicho incremento.*

El reconocimiento de esta incertidumbre ha sido recogido posteriormente la Corte, la que en una sentencia posterior negó la posibilidad de dicho incremento. Para ello argumentó

> la 'chance cierta' de mejora en los futuros ingresos de la víctima [...] debe estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio. En las circunstancias del presente caso, no existen pruebas suficientes para asegurar la pérdida de oportunidad en los términos solicitados.[195]

Así, en lugar de usar como base del cálculo del lucro cesante la estimación de los ingresos que una víctima de desaparición forzada que se desempeñaba como profesor, pero que a la vez era estudiante de sociología, tendría como profesional, empleó el salario mínimo. En forma inexplicable, la Corte tampoco adoptó como base el ingreso que la víctima tenía al momento de su detención como profesor de matemáticas.[196]

Sin embargo, en otras situaciones la Corte *ha presumido que la víctima completaría sus estudios y se desempeñaría en una profesión,*[197] o que, *en caso de varias víctimas que no se encontraban trabajando al momento de su fallecimiento, ellas se incorporarían a los sectores productivos.*[198] Asimismo, *en casos en que no era posible determinar las actividades que pudieron haber realizado las víctimas de no haber sufrido la afectación a sus derechos, y tratándose de un número masivo de ellas, la Corte fijó montos iguales para ellas en base a la equidad*.[199]

De esta forma, la Corte ha variado en el uso de criterios, dependiendo de las circunstancias y de lo que razonablemente se puede esperar que las partes puedan acreditar. Para ello ha utilizado consideraciones de *equidad* o el equivalente al *ingreso mínimo* vigente en el país, cuando no es posible precisar con certeza los ingresos futuros. Como afirma Nash, "pareciera que para la Corte resulta evidente que una persona debe tener ingresos por una actividad en su etapa adulta, pero en caso de reclamar daños de este tipo más específicos, estos sí deben ser acreditados fehacientemente".[200] No obstante, aún en el empleo de estos criterios existe variedad y casos, como el indicado anteriormente, donde no hay una clara explicación para preferir el uso del salario mínimo existiendo antecedentes precisos sobre los ingresos de la víctima.

(3) Pérdida de ingresos en casos de víctimas no fallecidas o de familiares impedidos de trabajar como consecuencia de los hechos

En relación al lucro cesante respecto de personas no fallecidas o desaparecidas, como también respecto de los familiares de la víctima, la Corte ha impuesto otras exigencias. Una de ellas es determinar la

[194] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 8, párrs. 45, 46 y 49.
[195] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú, supra* 27, párr. 74.
[196] *Ibidem*, párr. 75.
[197] Corte IDH. C*aso Molina Thiesse vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C, Nº. 108, párr. 57.
[198] Corte IDH. *Caso* del *Instituto de Rehabilitación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, Nº. 112, párrs. 288 a 290.
[199] Corte IDH. *Caso* del *Penal Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160 párrs. 424 y 425.
[200] Nash Rojas, Claudio, *supra* 20, página 49.

relación de causalidad entre la afectación y los ingresos dejados de percibir. No obstante, la Corte ha dado tratamientos diferentes en distintas situaciones.

En un caso la Corte rechazó disponer el pago de indemnización a la hermana abogada de una víctima por la renuncia a su trabajo que implicó asumir su defensa, aunque sí le otorgó el pago de costas.[201] En otro, la Corte sí ordenó reparación por pérdida de ingresos a cuatro de algunos de los familiares de las víctimas de una masacre y desaparición forzada que "dejaron de realizar las actividades a las que se dedicaban, al momento de los hechos, pues dirigieron todos sus esfuerzos a la búsqueda de justicia en el presente caso". El Tribunal no hizo una estimación de los ingresos perdidos, sino fijó una indemnización en equidad, distinguiendo entre aquellas dos que abandonaron trabajos o expectativas de mayor remuneración (estudios universitarios o trabajar como maestra primaria), que recibieron por este concepto US$25.000, y las dos que abandonaron labores de que implicaban menores ingresos (lavar ropa o trabajar en el mercado), que recibieron US$20.000.[202]

También ha utilizado criterios de equidad en otros casos en los que la prueba es difícil, tomando en consideración las mayores dificultades para presentar pruebas de víctimas que reúnen la doble condición de ser indígenas y pobres. En uno de ellos la Corte indemnizó el lucro cesante a una víctima y a su esposo que "trabajan en la cosecha de su parcela [considerando que] ambos debieron descuidar sus tareas por los hechos del caso".[203] Dadas las circunstancias del caso, la Corte prescindió de pruebas concretas acerca del valor de la cosecha, y se basó en los testimonios de las víctimas y en los peritajes que demostraron que se dedicaban a dichas tareas y que se vieron obligados a descuidarlas como consecuencia directa de las violaciones cometidas en su contra.[204]

Sin embargo, hay casos en los que la Corte ha rechazado el otorgamiento de reparación por no existir vínculo de causalidad entre la violación determinada y la pérdida de ingresos. En uno de ellos la Corte concluyó que, no habiéndose demostrado que las órdenes judiciales de prohibición de salida del país derivadas de un juicio que afectó la libertad de expresión de una persona le causaron pérdida de ingresos, no correspondía disponer del pago de indemnización por este concepto.[205] En otro la Corte negó otorgar reparación por lucro cesante a favor de una persona condenada a muerte contraviniendo la obligación establecida por la Convención de no extender su aplicación, así como su sometimiento a un régimen de privación de libertad que constituyó un trato cruel, inhumano y degradante. El rechazo se fundamentó en que no se encontró un nexo causal entre tales violaciones y la falta de actividades laborales de la víctima durante su encarcelación.[206]

(4) Requisitos impuestos a familiares para recibir indemnización por ingresos dejados de percibir por la víctima como resultado de la violación

La Corte ha precisado, no obstante, que no cualquier familiar tiene derecho por sí de percibir reparaciones por la pérdida de los ingresos que la víctima dejó de percibir como resultado de la violación. En esta materia la Corte exige la existencia de un *perjuicio económico* para ser acreedor de reparación material.

En un caso de desaparición forzada la Corte no otorgó indemnización por este concepto a los hermanos y a los hijos extramatrimoniales de una víctima a los que ésta no contribuía a su manutención, afirmando que ella "no causó ningún perjuicio económico a sus familiares y […] tampoco los privó de ningún apoyo económico pues no hay ninguna prueba que los haya brindado".[207] No obstante, sí les otorgó

[201] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, supra 37, párrs. 131 y 180.
[202] Corte IDH. *Caso la Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 162, párr. 214.
[203] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra* 76, párr. 286.
[204] *Ibidem*, párr. 288.
[205] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, Nº. 111, párr. 202.
[206] Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, supra* 59, párr. 130.
[207] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C,

reparación por daño moral y a los hijos como herederos de la indemnización de que era titular la víctima directa.

(5) Otras modalidades de pérdidas de ingreso

La reparación por el lucro cesante no se limita sólo a la pérdida de ingresos proveniente de las actividades que las víctimas desempeñaban, o con cierta certeza se estimaban que habrían desempeñado, de no ocurrir la violación a sus derechos. Ella también ha incluido la pérdida de ingresos por la comercialización de un libro que fue incautado en un proceso violatorio de la libertad de expresión y de las garantías judiciales, además de la pérdida de ingresos causada por la rescisión unilateral de un contrato de servicios que afectó a la víctima como consecuencia de la violación.[208]

En definitiva, la Corte ha empleado criterios bastante diversos en sus sentencias para reconocer la indemnización por pérdida de oportunidades o ingresos. No obstante, aún a pesar de esta diversidad, es posible identificar una tendencia general a reconocer este derecho y para establecer *modalidades de definición de indemnizaciones por pérdida de ingresos* que pueden orientar las decisiones de tribunales nacionales y de los litigantes ante el Sistema Interamericano.

3. Reparación del daño inmaterial

La indemnización del daño moral es parte de lo que en derecho internacional se entiende como la obligación de reparar íntegramente los perjuicios. Se entiende que la indemnización de este tipo de daño es parte de la *restitutio in integrum* que debe guiar la determinación de reparaciones, es decir, que *la reparación no es completa si se limita exclusivamente a los daños materiales*, y que el *sufrimiento y otras consecuencias inmateriales deben también ser objeto de reparación para restituir a las víctimas a la situación anterior*. Así ha sido entendido por la Comisión de Derecho Internacional, que incluye los perjuicios morales dentro de los daños que deben ser objeto de reparación,[209] y son incluidos también en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación de Naciones Unidas.[210]

La Corte ha dispuesto el pago de indemnizaciones por daño inmaterial en la mayoría de los casos en los que ha concluido que ha habido una infracción a la Convención. Respecto de la procedencia de la reparación de este tipo de daño, la Corte en una de sus primeras sentencias explicitó su justificación, en base a la gravedad de las violaciones establecidas.

En dicho caso la Comisión había demandado reparación por daño moral basada en los precedentes establecidos en los *Casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*. A su vez, el Estado había solicitado que, habiendo reconocido su responsabilidad unilateralmente, y en base a la jurisprudencia del TEDH, el reconocimiento de responsabilidad bastara como reparación equitativa por todos los daños.

Respecto de la solicitud de la Comisión, la Corte señaló, en un criterio que ha sostenido invariablemente desde entonces, "que la jurisprudencia sirve de orientación para establecer principios en esta materia, no puede invocarse como criterio unívoco a seguir sino que debe analizarse cada caso particular".[211] En relación a lo sostenido por el Estado, resolvió que

> aún cuando una sentencia condenatoria, puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, haya habido o no reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en el presente caso, ésta no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al *sufrimiento moral* causado a las víctimas y sus familias, las cuales deben ser indemnizadas conforme a la equidad.[212]

Nº. 39, párr. 60.
[208] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, supra* 50, párrs. 239 a 242.
[209] Comisión de Derecho Internacional, *supra* 12, artículo 31.2.
[210] Asamblea General de las Naciones Unidas, *supra* 1, principio 20, letra d).
[211] Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela, supra* 55, párr. 34.
[212] *Ibidem*, párr. 35. Destacado del autor.

Sin embargo, la Corte *ha evolucionado en su interpretación de qué comprende este tipo de daño,* ampliando progresivamente las materias a las que se refiere. También ha modificado las *exigencias que establece para reconocer las formas de padecimiento que deben ser indemnizadas,* presumiendo en muchos casos la existencia de daños en base a la constatación de las violaciones.

En forma progresiva la Corte ha reconocido diferentes formas de perjuicios inmateriales, incluyendo:

i. El sufrimiento padecido por la víctima y/o el padecido por los familiares directos de la víctima;

ii. El menoscabo a valores muy significativos de la víctima y sus allegados; y

iii. Las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia.

A continuación se expondrá cómo la Corte ha ido progresivamente reconocimiento estas modalidades de daño inmaterial y las dificultades o superposiciones que ello a veces puede implicar. Luego se expondrá brevemente la forma como la Corte ha dispuesto la reparación de este tipo de perjuicio.

a. Jurisprudencia progresiva de la Corte IDH sobre formas de perjuicios inmateriales

(1) Definición sobre qué tipo de sufrimiento se debe indemnizar: el padecido por la víctima o el padecido por sus familiares. Exigencias probatorias en uno u otro caso.

En su primera sentencia la Corte no se pronunció sobre el sufrimiento padecido por la víctima, limitándose a las "consecuencias psíquicas nocivas *en sus familiares inmediatos,* las que fueron acreditadas".[213]

Al poco tiempo, la Corte adoptó un criterio diferente, vinculando la estimación del daño moral no al sufrimiento de los familiares, sino *al de las víctimas directas* de ejecución extrajudicial. En este caso *no exigió evidencia* de dicho sufrimiento, argumentando que "éste resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión".[214] Así, ante la ejecución extrajudicial de varias personas, dispuso el pago de un monto igual para cada una de las víctimas, pero otorgando una suma superior en un tercio a aquella que sobrevivió la ejecución y sufrió padecimientos adicionales hasta su muerte, ocurrida algunos días después. Las sumas debían ser distribuidas entre sus familiares, sin requerir acreditar el sufrimiento padecido para cada uno de ellos.[215]

Posteriormente, la Corte desarrolló una distinción que ha mantenido desde entonces. Reconoció el daño moral ocasionado como consecuencia del sufrimiento causado *tanto a la víctima como a sus familiares, y presumió la existencia de dicho sufrimiento.* Así, la Corte comenzó a reconocer un derecho propio de la víctima directa a ser reparada por el sufrimiento que se presume le habría causado una violación grave (muerte, torturas, desaparición forzada, etc.), además del derecho de sus familiares directos, tanto por el sufrimiento que ellos habían padecido como consecuencia de la violación, como en su calidad de sucesores de la víctima.

Una primera aproximación a esta postura se encuentra en un caso de desaparición forzada de dos personas. Respecto de una de ellas la Corte *presumió el sufrimiento de su madre y a la vez la consideró titular de reparación como heredera de su hijo.* Cabe precisar que el monto de la indemnización por daño moral fue muy superior a los montos entregados en los casos anteriores.[216] En el mismo caso fijó indemnizaciones por daño moral, pero considerablemente más bajas, para aquellos hermanos de las víctimas que no eran herederos de éstas y respecto de los cuales no existía evidencia "que demuestre

[213] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 8, párr. 51. Destacado del autor.
[214] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Surinam, supra* 7, párr. 52.
[215] *Ibidem*, párrs. 91 y 97 b).
[216] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, supra* 207, párr. 62.

una relación afectiva con la persona desaparecida que vaya más allá del simple vínculo de sangre".[217] No obstante, en el caso de hijos extramatrimoniales de una de las víctimas respecto de los cuales no se demostró que la hubieran conocido, la Corte afirmó que, si bien "ellos no podrían invocar un derecho a ser indemnizados por el daño moral sufrido con motivo de la desaparición de su padre […] es indudable que, como herederos […] le suceden en todo el sufrimiento padecido en vida por aquél".[218] En base a ello, si bien no les otorgó reparación por su propio sufrimiento, sí los reconoció como herederos de la indemnización por daño moral por el sufrimiento vivido por su padre.

Una ampliación de estos criterios es observable en la siguiente sentencia, en el caso de una sobreviviente de detención arbitraria. Respecto de ella la Corte mantuvo su postura de presumir su sufrimiento y otorgar, en base a éste, una indemnización por daño moral a la víctima directa. La Corte presumió también los sufrimientos padecidos por los hijos, padres y hermanos de la víctima, indicando que ellos no fueron desvirtuados por el Estado. Es interesante notar la diferencia con el caso anterior respecto de los hermanos, señalando en este último caso "que como miembros de una familia integrada, no podían ser indiferentes a las graves aflicciones de la [víctima]".[219]

De la comparación de estos dos casos se puede concluir que la Corte intenta hacer una *evaluación de la cercanía entre los familiares y la víctima,* cuando se trata de hermanos o de otros familiares de línea colateral, para lo cual considera la cercanía en que vivían, si se visitaban con frecuencia, y el impacto posterior que la violación tuvo en sus vidas. Sin embargo, demostrando una inconsistencia con lo afirmado, al fijar los montos de reparación, la Corte otorgó a los hermanos de la víctima en el último de estos casos, en el que había establecido su nivel de cercanía con ésta, la mitad de lo otorgado a los hermanos de las víctimas en el caso anterior, en los que dicha cercanía no había sido acreditada.

En el siguiente caso la Corte reafirmó la distinción entre el derecho de los familiares, como *herederos de la víctima*, a percibir la indemnización por daño moral por los sufrimientos padecidos por ésta, del *derecho propio de los familiares* a percibir reparación. Para ello presumió el sufrimiento de la persona desaparecida y reconoció el derecho de sus herederos a la indemnización por daño moral.[220] Asimismo, reconoció el daño moral causado por el sufrimiento de la familia de la víctima, presumiéndolo respecto de sus padres.[221] Respecto de la hermana de la víctima la Corte tuvo

> por demostrado que sufrió dolorosas consecuencias psicológicas como resultado de la desaparición y la muerte de aquél, por tratarse de su único hermano, porque convivían bajo el mismo techo, porque vivió en carne propia, con sus padres, la incertidumbre del paradero de la víctima y porque se vio obligada a trasladarse a Europa, donde ha vivido como refugiada en Holanda. Todo esto da lugar a una indemnización directa por daño moral.[222]

Así la Corte ordenó el pago de una indemnización del daño moral por los sufrimientos padecidos por la víctima, a ser distribuidos entre sus padres y hermana, además de una indemnización directa por daño moral para dada uno de los padres y otra para su hermana.[223]

La Corte ha seguido un criterio similar en casos de graves violaciones, como ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzosas. Por ejemplo, en un caso sobre la ejecución de niños, la Corte dispuso el pago de una indemnización por el daño moral causado a cada una de las víctimas, y que se pague también a las madres y a la abuela de una de ellas por concepto de daño moral sufrido por ellas, así como a sus hermanos, teniendo en consideración los sufrimientos comprobados por las partes.[224]

---

[217] *Ibidem*, párr. 64.
[218] *Ibidem*, párr. 65.
[219] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, supra* 37, párr. 143.
[220] Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú, supra* 27, párr. 86.
[221] *Ibidem*, párrs. 87 y 88.
[222] *Ibidem*, párr. 89.
[223] *Ibidem*, párr. 90.
[224] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra* 108, párrs. 89 a 92.

A partir de estas sentencias, la Corte ha incluido como parte de la indemnización de daño inmaterial los *sufrimientos padecidos por la víctima, que presume*, dada la gravedad de hechos como la ejecución, la desaparición forzada o las torturas, y los *sufrimientos de los familiares más cercanos*.[225] Respecto de éstos, también suele distinguir, presumiendo el sufrimiento de padres e hijos, pero aceptando respecto de ellos la posibilidad de que dicho sufrimiento sea controvertido por el Estado. Respecto de los hermanos, éstos son a veces incluidos, dependiendo del grado de cercanía. En algunos casos esto ha implicado la estandarización de las indemnizaciones a cada categoría de víctima y pariente,[226] pero en otros se han introducido distinciones, respecto de algunos parientes cercanos, tomando en consideraciones formas específicas de afectación sufridas por algunos de ellos, así como la impunidad imperante en el caso, que genera en la familia vulnerabilidad e indefensión frente al Estado.[227] No obstante, si bien la Corte ha justificado los motivos por los que otorga estas reparaciones respecto de los familiares cercanos, no ha sido suficientemente precisa al establecer los motivos de las significativas diferencias entre los montos fijados en algunos de ellos.

La Corte ha mantenido este criterio general de presumir e indemnizar el sufrimiento causado en *casos que no involucran violaciones de la misma gravedad* al derecho a la vida o a la integridad física y psíquica. La comparación de dos casos recientes, de naturaleza similar, permite explicar el empleo de este criterio, así como sus variaciones.

Ambos casos se tratan de la destitución de juezas, habiendo ambas alegado que ello les produjo importantes daños morales, aunque no aportando mayores pruebas sobre dicha afirmación. Sin embargo, el relato de una de ellas fue bastante más descriptivo del tipo de sufrimiento y angustia padecida, el que además fue apoyado por un certificado médico que el tribunal valoró como un testimonio. En ambos casos la Corte afirmó su posición de que

> es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece de una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento, razón por la cual el daño inmaterial resulta evidente.[228]

Ello resulta relevante, pues reconoce la existencia de un sufrimiento indemnizable en casos que no implican atentados graves contra la vida o la integridad física y psíquica. No obstante, la diferencia en los sufrimientos descritos por las víctimas, el testimonio aportado a través de certificado del médico tratante y la diferencia entre los montos demandados por cada una llevaron a la Corte a fijar una cantidad tres veces más elevado a la primera que a la segunda.

(2) Indemnización por el menoscabo de valores muy significativos

La Corte comenzó también a ampliar el concepto de reparación del daño inmaterial *más allá del sufrimiento* padecido por la víctima y sus familiares directos. Seguramente como consecuencia de la gravedad de un caso, referido a torturas y ejecuciones extrajudiciales de niños desamparados, la Corte reconoció que

> el mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el *menoscabo de valores muy significativos* para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria.[229]

---

[225] No obstante, en algunos casos, incluso referidos a masacres, el tratamiento masivo ha prescindido de evaluar el sufrimiento particular, o incluso presunto, de los familiares directos de las víctimas, otorgándose sólo una indemnización por daño inmaterial a las víctimas directas. Corte IDH. *Caso* de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, Nº. 211, párrs. 291 a 294.

[226] Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela, supra* 193, párr. 110.

[227] Corte IDH. *Caso Myrna Mack vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, Nº. 101, párrs. 264 a 267.

[228] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, Nº. 197, párr. 176; y Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, Nº. 227, párr. 190.

[229] Corte IDH. *caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra* 108, párr. 84. Destacado del autor.

Esta noción se vincula con el concepto general de violaciones graves a los derechos humanos, que no pueden ser equivalentes sólo a la comisión de crímenes. Estas violaciones constituyen ciertamente un crimen, pero al ser cometidas por funcionarios públicos, a los que la sociedad les encarga el cuidado de la comunidad, no sólo son más graves, sino es esperable que además impacten más seriamente a la víctima y a su familia. Las negativas posteriores a investigar y las acusaciones falsas o insultos y expresiones de desprecio, por parte de autoridades, explican la necesidad de reconocimiento de esta forma de daño inmaterial más allá del sufrimiento causado por el crimen.

(3) Alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o su familia

En otra sentencia posterior agregó a la misma oración "las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia".[230] Para ello la Corte constató los graves impactos en cada uno de los miembros de la familia de una víctima de tortura, así como la desintegración familiar que la detención tortura y el acoso sufrido por varios de los miembros de la familia sufrieron. La Corte ha valorado así que las afectaciones inmateriales no sólo se refieren a los individuos, sino también a su vida en relación.

Esta modalidad de perjuicio inmaterial deriva del desarrollo hecho por la Corte sobre el daño al proyecto de vida, que es estudiado más adelante.

b. Formas de reparar el daño inmaterial

El daño inmaterial es inherentemente difícil de reparar. Es claro que no hay nada que pueda compensar el dolor, devolver a un ser querido muerto, recuperar el tiempo o las oportunidades perdidas como consecuencia de la privación de libertad, etcétera. La compensación de estos tipos de sufrimiento será siempre insuficiente y de carácter paliativo, traduciéndose en el otorgamiento de un bien que no es equivalente, para hacer más llevadero un mal inconmensurable.

Por ello la reparación monetaria en estos casos es insuficiente, más aún ante la constatación de las formas de perjuicios descritas anteriormente. Ello ha sido reconocido por la Corte, la que ha concluido que:

> Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.[231]

Esto se ha traducido en el desarrollo de la interesante jurisprudencia de la Corte en materia de reparación *simbólica,* reconocimiento de la memoria de las víctimas y de garantías de no repetición, que ya se ha descrito. En este primer caso en que la Corte hizo este reconocimiento, acogió la solicitud de las partes y ordenó al Estado "designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con [sus nombres]. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas".[232] Así la Corte ha reforzado una tendencia que estaba incipiente en algunas sentencias anteriores, en las que había dispuesto formas de reparación del daño moral que incluyen medidas adicionales al pago de sumas de dinero y que tienen elementos simbólicos, incorporando

---

[230] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, Nº. 88, párr. 53.

[231] Corte IDH. *Caso* de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra* 108, párr. 84.

[232] *Ibidem*, párr. 103.

incluso medidas para garantizar la no repetición como formas de reparar los perjuicios inmateriales. La posterior separación conceptual de estas formas de reparación, no como daño moral, sino primero como “otras formas de reparación”, y luego como “satisfacción” ha contribuido al desarrollo de esta forma de entender las diferentes formas de perjuicio que las víctimas sufren, así como la *complementariedad* de diferentes medidas para efectivamente reparar dicho daño.

Respondiendo a la constatación sobre el menoscabo en valores significativos, la Corte ha incluido como factores para determinar la indemnización del daño inmaterial no sólo la gravedad de las violaciones cometidas y el sufrimiento padecido por las víctimas, sino también “el tratamiento que [ellas] han recibido, el tiempo transcurrido desde la violación sexual, la denegación de justicia, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron”.[233] La consideración de estos factores para determinar la indemnización del daño inmaterial no sólo ayuda a objetivar su determinación, más allá de la sola consideración subjetiva del sufrimiento causado por una violación grave, sino también constituye una forma simbólica de reconocimiento.

En definitiva, la Corte ha desarrollado una interesante jurisprudencia en materia del daño moral, *ampliando los destinatarios de reparación cuando existe evidencia de su sufrimiento,* e incorporando numerosos factores para evaluar la existencia de dicho sufrimiento. Ha dejado atrás la mera evaluación psicológica de los beneficiarios, considerando diversos factores que permiten concluir el *impacto que la violación tuvo en sus vidas.* Finalmente, ha reconocido que un daño de naturaleza inmaterial no puede ser solamente reparado mediante prestaciones materiales, reconociendo el valor reparador para esta forma de daño de medidas *simbólicas* de reconocimiento de la dignidad de las víctimas que deben ir acompañadas de las medidas materiales. Este desarrollo puede ser de particular relevancia para tribunales nacionales, que frecuentemente deben resolver también situaciones de daño moral, respecto de los cuales criterios exclusivamente patrimonialistas pueden ser insuficientes para responder a las complejas dimensiones del daño.

c. Reparación del daño inmaterial a comunidades indígenas

En casos referidos a comunidades étnicas, la Corte ha desarrollado progresivamente un criterio de inclusión del sufrimiento causado a los miembros de la comunidad por la afectación de derechos a algunos de ellos. Ello se observa particularmente en el análisis que la Corte ha hecho sobre el vínculo causal entre las violaciones cometidas a algunas personas y el *impacto en el resto de la comunidad*, así como a las formas de acreditación de los perjuicios inmateriales sufridos por toda la comunidad.

En un primer caso de este tipo la Corte rechazó el pago de una indemnización a los miembros de la comunidad étnica a la que pertenecían las víctimas, argumentando que los asesinatos de sus integrantes no habrían perjudicado directamente a las organizaciones intermedias a las que ellos pertenecen, y que “si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo”. No obstante, en otro caso posterior, relacionado a otra comunidad indígena, sobre falta de delimitación de tierras y establecimiento de una concesión forestal en su territorio, respecto de la cual no se habían acreditado daños directos, la Corte estimó que sí cabía lugar a una indemnización, por daño inmaterial.[234] *La diferencia de criterio parecería corresponder a la naturaleza del daño, habiendo asumido la Corte que el asesinato de miembros de una comunidad, aún con estrechos lazos comunitarios, no tendría el mismo impacto para sus miembros que el daño cometido a ella como sujeto colectivo de derechos por la falta de delimitación de sus tierras.*

Casos de esta naturaleza, referidos a comunidades étnicas, donde se intenta reparar los sufrimientos y el impacto de la violación en un gran número de individuos, imponen un desafío para la acreditación de los daños inmateriales. No basta poder presumir el dolor, sufrimiento o impacto de los hechos en los miembros de la comunidad. Para ello la Corte ha basado su evaluación en los testimonios de

[233] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, supra* 76, párr. 293.
[234] Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, supra* 21, párr. 167.

algunas personas, considerándolos como *representativos de los sufrimientos experimentados por toda la comunidad*. Ello lo ha utilizado para concluir formas de reparación de daños colectivos, así como también individuales.[235] Entre los factores considerados por la Corte se han incluido la *impunidad continua* y las *dificultades para obtener justicia,* “lo que provoca sentimientos de humillación, ira e impotencia a los miembros de la comunidad, y les infunde temor de que los espíritus ofendidos busquen vengarse de ellos […], miedo a enfrentar hostilidades, una vez más, si regresan a sus tierras tradicionales”.[236] Otro factor considerados fue la *imposibilidad de conocer qué sucedió con los restos mortales* de sus seres queridos (muertos antes de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado, y por lo tanto no objeto de pronunciamiento de ésta) lo que la Corte estimó que causaba profunda angustia y desesperación en los miembros de la comunidad por no poder honrarlos y sepultarlos según los rituales mortuorios de su tradición. Debido a esto, reconoció que “los miembros de la comunidad tienen miedo a contraer ‘enfermedades de origen espiritual’, que en su concepto pueden afectar el linaje natural completo y que, de no lograr la reconciliación, persistirá por generaciones”.[237] También la Corte consideró el daño emocional, espiritual, cultural y económico causado a los integrantes de la comunidad provocada por su *dispersión* y la *brusca interrupción de su conexión con su territorio ancestral*.[238] En un caso posterior, que involucraba la violación al derecho de propiedad ancestral de una comunidad indígena, así como la violación al derecho a la vida de dieciséis de sus miembros que fallecieron debido a las precarias condiciones sanitarias a que estuvieron sometidas por su reubicación, la Corte reconoció el daño inmaterial causado a la comunidad por el conjunto de las violaciones, sin hacer distinción entre el impacto de las muertes y las otras afectaciones.[239]

Respecto a la forma de reparación del daño moral en estos casos la Corte también ha innovado. En uno de ellos, referido a una comunidad étnica que, como consecuencia de una masacre, se dispersó y exilió de su territorio ancestral, la Corte otorgó indemnizaciones por daño moral a cada uno de los sobrevivientes de la comunidad, hayan o no sido familiares directos de las víctimas de la masacre.[240] Esto pareciera deberse precisamente a la dispersión, que exige abordar individualmente la reparación de los perjuicios.

En casos de comunidades que se han mantenido unidas, referidos a violaciones del derecho de propiedad de tierras indígenas, pero que en ocasiones han involucrado el desplazamiento, desarraigo, la reubicación temporal en otras tierras o condiciones de vida que incluso han causado la muerte de algunos integrantes por deficiencias sanitarias, la Corte ha reconocido la existencia de un *daño moral causado a la comunidad*. La forma de repararlo ha sido mediante el establecimiento de un *fondo de desarrollo comunitario* para la ejecución de proyectos de infraestructura en diversas áreas. La Corte ha ordenado que el destino de los fondos sea decidido por un comité compuesto por un representante de la comunidad, uno del Estado y un tercero designado por ambos o, en subsidio, por la Corte.[241]

Esta modalidad de creación de fondos administrados no enteramente por la comunidad, sino por comités de integración mixta, ha sido criticada por ser “una fórmula paternalista que no coincide con la visión de las comunidades como titulares de derechos”.[242] Sin embargo, para pronunciarse en forma certera sobre ellos pareciera conveniente hacer una evaluación sobre la capacidad que estos programas han tenido para mejorar las condiciones de vida de las comunidades. A su vez, en un interesante reconocimiento de la autoridad y competencia de los líderes comunitarios, en uno de estos casos la Corte ha ordenado

---

[235] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, Nº. 125, párr. 201; y Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname, supra* 43, párr. 193.

[236] Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname, supra* 43, párr. 195 a.

[237] *Ibidem*, párr. 195 b.

[238] *Ibidem*, párr. 195 c.

[239] Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, supra* 235, párrs. 199 a 203.

[240] Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname, supra* 43, párrs. 179, 180, 181 y 196.

[241] Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, supra* 235, párrs. 205 y 206; y Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, supra* 42, párrs. 323 y 324.

[242] Nash Rojas, Claudio, *supra* 20, página 55.

también la entrega de fondos a ellos como compensación por daño moral a favor de los miembros de la comunidad que fallecieron, "para que de conformidad con sus costumbres y tradiciones entreguen la cantidad que corresponda a los familiares de las personas fallecidas o inviertan el dinero en lo que decida la Comunidad, conforme a sus propios procedimientos de decisión".[243]

La jurisprudencia de la Corte en materia del reconocimiento del daño moral a comunidades, como resultado de afectaciones sufridas por toda ella o por algunos de sus miembros, constituye una importante forma de reconocimiento del *valor de la vida comunitaria en los pueblos originarios.* Ello, sumado a la *participación* de las comunidades en la definición y administración de medidas de reparación, son tendencias que incorporan elementos de *multiculturalidad*, muy necesarios para la vigencia de los derechos humanos en el Continente, y que pueden contribuir notablemente a la labor de jueces nacionales.

d. El proyecto de vida

La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto respecto del daño que producen violaciones graves a los derechos humanos. Se trata de la afectación al proyecto de vida. Esta noción, ha afirmado la Corte, se diferencia del lucro cesante, respecto del cual "es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos". Dado que se trata de un concepto que combina elementos del lucro cesante con elementos del daño moral, es tratado en una sección separada de ambos.

La Corte ha indicado que este concepto se diferencia del lucro cesante en cuanto a que "atiende a la *realización integral* de la persona afectada, considerando su *vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones*, que le permiten fijarse razonablemente determinadas *expectativas* y acceder a ellas […]"[244] la Corte continúa la descripción de este concepto en los siguientes términos:

> 148. El 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la *libertad.* Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.
>
> 149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación *probable* –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.
>
> 150. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende *alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo.* En otros términos, el "daño al proyecto de vida", entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en

[243] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, supra* 42, párr. 325.
[244] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, supra* 37, párr. 147. Destacado del autor.

> órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.
>
> 151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la *pérdida de opciones* por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum.*

Sin embargo, más allá de las disquisiciones que hace la Corte sobre lo que implica una reparación integral que tenga la capacidad de restituir a la persona aquella parte de su vida perdida, es interesante notar que en esta sentencia la Corte no dispuso de ninguna forma específica de reparación por este concepto.

> 153. La Corte reconoce la existencia de un grave daño al "proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.
>
> 154. La condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia acerca de los daños materiales y morales contribuye a compensar a la víctima, en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios, aunque difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privada.

En casos posteriores la Corte ha continuado utilizando esta noción. Sin embargo, en ninguno de ellos este concepto ha servido para justificar la aplicación de medidas especiales de reparación, lo que hace preguntarse sobre la utilidad de ella como nueva categoría de daño que debe ser reparada. Como argumenta Nash, "si no tiene una [utilidad] distinta a la que otorga el daño inmaterial y las medidas para enfrentarlo, no se aprecia el valor de esta figura, sino a la hora de cuantificar el daño moral, en particular si este está restringido al dolor y sufrimiento".[245]

Lo que la Corte ha hecho en casos posteriores es utilizar la noción de daño al proyecto de vida, como *parte de su evaluación de los perjuicios inmateriales*, es decir, como un factor adicional a los ya incluidos bajo esta noción en relación al sufrimiento padecido. En dichas sentencias se observan menciones sobre los conceptos utilizados por la Corte para describir esta noción, como "las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar"[246] de la víctima, "el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia",[247] o "el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial o no pecuniario que sufridas".[248] En otros casos, ha citado directamente el término 'proyecto de vida' al evaluar el daño inmaterial sufrido tanto por las víctimas como por "sus allegados",[249] reconociendo este tipo de afectación para fijar indemnizaciones por el daño moral de los familiares directos.[250]

Se puede concluir que, si bien ésta *no pareciera constituir una categoría independiente de daño a reparar,* sí ha sido considerada por la Corte como una *forma de enriquecer el concepto de daño inmaterial.*

[245] Nash Rojas, Claudio, *supra* 20, página 58.

[246] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, Nº. 114, párr. 245.

[247] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, supra* 29, párr. 218

[248] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, supra* 123, párr. 296.

[249] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra* 108, párr. 89.

[250] Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, supra* 29, párrs. 110, 114, 175, 218, 221 y 222.

Ello se ha traducido en la inclusión de nuevas consideraciones para determinar la indemnización del daño inmaterial, o en muchos casos para disponer nuevas formas de reparación, comúnmente bajo el concepto de *satisfacción.*

Así, cuando la Corte ha reconocido un daño al proyecto de vida, o ha hecho mención a alguno de los conceptos asociados a éste, no ha otorgado indemnizaciones por esta categoría en particular, sino ha incluido formas adicionales de satisfacción. La primera sentencia en la que esta noción se tradujo en una medida concreta de reparación precisamente consistió en el otorgamiento de una beca de estudios superiores a un sobreviviente de tortura, además de las indemnizaciones ordenadas en su favor y de algunos miembros de su familia por daño material e inmaterial.[251]

En un caso posterior la Corte hizo una elaboración más explícita de este concepto, estableciendo que la detención y tortura de una persona

> impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico.[252]

La Corte concluyó que

> está probado que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar relaciones afectivas íntimas.[253]

Sin embargo, luego el tribunal decidió

> Como en otros casos, no obstante, no cuantificarlo en términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente Sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales. La naturaleza compleja e íntegra del daño al 'proyecto de vida' exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición que van más allá de la esfera económica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler.[254]

De esta forma, entre las medidas de satisfacción, la Corte utilizó la noción de afectación del proyecto de vida de la víctima y sus familiares al ordenar para todos ellos "tratamientos psicológicos y psiquiátricos, si ellos así lo desean".[255] No obstante, medidas similares de reparación han sido reconocidas en otros casos posteriores sin que para justificarlas se haya recurrido a esta noción.[256]

Una consecuencia de la adopción de la afectación al proyecto de vida es la consideración de la *familia* de la víctima, no sólo en relación a su sufrimiento y dolor, sino respecto a la afectación padecida en sus *relaciones personales* y sus *proyectos de realización.* Ello se observa en la inclusión de medidas de satisfacción enfocadas a garantizar condiciones de vida mejores para los hijos de aquellos respecto de los cuales se establecen medidas de reparación, entendiendo que una parte importante para la realización personal lo constituye el aseguramiento de la calidad de vida de los propios hijos, y no sólo de uno mismo.[257] Así, en un caso, la Corte ordenó el otorgamiento de becas de estudio completas a una

[251] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, supra* 230, párr. 80.
[252] Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, párr. 88.
[253] *Ibid*.
[254] *Ibidem*, párr. 89.
[255] *Ibidem*, párr. 101.
[256] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, Nº. 186, párr. 256.
[257] Observación personal del autor en base a entrevistas a víctimas durante el funcionamiento de la Comisión Nacional sobre

víctima de violación sexual y a su hija, reconociendo que las consecuencias de los hechos perduran en el tiempo, y que ellos han generado cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones, lo que afecta su desarrollo personal.[258] En otro caso, la Corte reconoció el *impacto en las generaciones siguientes*, lo que se tradujo en la autorización a los hermanos de una víctima, a quienes les otorgó como medida de satisfacción por la desaparición forzada de éste el acceso a programas de educación de adultos, a que puedan transmitir dicho beneficio a sus hijos, en la forma de becas de educación. Esta modalidad fue justificada por la Corte como necesaria "para lograr una reparación integral en atención a las circunstancias particulares de este caso".[259] La Corte fundamentó su decisión en los siguientes términos:

> La Corte toma en cuenta que las graves violaciones de derechos humanos como la ocurrida en el presente caso dejan secuelas de impresión duradera en las víctimas y familiares directamente afectados, que a su vez impactan a las nuevas generaciones. Así, el dilema que viven las generaciones presentes, afectadas directamente por la violación de sus derechos humanos, transciende a las generaciones futuras de diversas maneras.[260]

Puede decirse, en conclusión, que el daño al proyecto de vida no puede ser entendido como una categoría específica de daño que debe ser reparada en forma adicional a las categorías tradicionales que derivan del derecho patrimonial. Sin embargo, esta noción permite profundizar en las dimensiones del daño que van más allá de su comprensión meramente económica. Si la reparación es entendida como algo más que la respuesta a las consecuencias económicas del daño, esta noción contribuye a *enriquecer el concepto de daño* que es particularmente aplicable a las pérdidas personales. Las nociones que han surgido posteriormente, de *"daño a la vida en relación"*, de *"menoscabo de valores muy significativos para las personas y sus allegados"* y de "*alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia"*, ayudan a entender mejor la necesidad de *superar miradas exclusivamente patrimoniales* en la evaluación del daño por pérdidas personales, y todavía más en casos de violaciones graves a los derechos humanos.

Sin embargo, aún no está del todo claro qué se entiende por estos conceptos. Claramente constituyen un esfuerzo justificado por incluir las diversas formas de irrupción ilegítima de las violaciones en la vida de las personas. Sin embargo, la distinción entre proyecto de vida y meras expectativas es algo difícil de trazar. Dichos proyectos parecieran ser una tendencia de la vida urbana y moderna de pretensión de control sobre el propio futuro, que tienen valor subjetivo pero que no es tan claro que puedan constituir un derecho. Una respuesta definitiva sobre estas cuestiones requiere de mayor desarrollo, en el cual debe *valorarse la incorporación de nociones que enriquezcan la comprensión sobre los daños personales* como consecuencia de violaciones graves a los derechos humanos y otras pérdidas personales, y a la vez cuidarse de *no caer en tendencias subjetivistas* que atribuyan el carácter de derecho a la artificial sensación de seguridad y de pretendida certeza que la vida moderna otorga a los planes personales.

VI. Titulares de reparación

Al inicio de su sección sobre reparaciones la Corte identifica la *parte lesionada*. Ella se basa en la identificación de quiénes sufrieron las violaciones que la Corte ha constatado que se han cometido, en las secciones anteriores de la sentencia. Sin embargo, la determinación de los titulares de reparación va más allá de las personas que sufrieron directamente las violaciones, comprendiendo a aquéllas que tienen derecho a recibirla, *por haber sufrido perjuicios directos o por ser herederos de la víctima*, y

Prisión Política y Tortura de Chile, constatando que una de las medidas de reparación que los entrevistados decían preferir era el otorgamiento de becas de educación para sus hijos, más que para ellos mismos.

[258] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México, supra* 72, párr. 257.

[259] Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, Nº. 136, párr. 146.

[260] *Ibid*.

luego identificar quiénes son esas personas. Esto es de gran relevancia, pues la Corte ha tenido un criterio más amplio que la Corte Europea para determinar esta materia.[261] Dado que en las secciones anteriores de este capítulo se ha explicado cómo se determina quiénes son titulares de reparación respecto de los diferentes tipos de daños, esta sección se limitará a presentar los tres grandes problemas que la identificación de la parte lesionada implica y que no han sido ya tratados.

En la definición de los titulares de reparación la Corte ha adoptado una serie de criterios que es importante estudiar. Entre ellos está la distinción entre reparación por daño inmaterial en base al *sufrimiento causado a víctimas fallecidas y el causado a sus familiares*. También es relevante detenerse en la *definición de los familiares* que tienen derecho a reparación. Finalmente, se examinará la oportunidad para la *identificación* de las personas que pueden ser consideradas la *parte lesionada*, que no obstante ser asunto procedimental, no deja de tener gran relevancia, dada la dificultad que ello representa en casos de masacres o de violaciones masivas.

1. Titulares de reparación por sufrimiento en casos de violaciones con resultado de muerte o desaparición

Como se ha indicado, la Corte ha reconocido la titularidad del derecho a la reparación a las *víctimas directas*, así como a aquellas otras personas, frecuentemente *familiares cercanos*, que se presume o se ha demostrado que han sufrido perjuicios. Al reconocer la Corte el derecho a la reparación por derecho propio de las víctimas, cuando ellas han fallecido o desaparecido, reconoce el derecho a recibir dicha reparación a sus *causahabientes*. Así, en casos de fallecimiento de la víctima, la Corte ha otorgado reparación por el daño moral padecido por la víctima directa, como consecuencia de su sufrimiento, así como por el daño material (usualmente el lucro cesante, restado un 25% de gastos personales). Todo ello es transmitido a sus herederos. A su vez, también ha reconocido los daños materiales (si probados), así como el sufrimiento causado a los familiares directos. De esta forma, *un familiar directo puede recibir ambas, indemnización y herencia*.

Observada con detenimiento esta solución, ella parece ajustada a Derecho. Es claro que una persona sufre intensamente en los momentos previos a su ejecución. En términos estrictos es posible afirmar que el derecho a ser reparada por dichos sufrimientos ingresó a la esfera jurídica de la víctima antes de su muerte, y por tanto la indemnización por ese daño moral debiera ser transmitida a sus herederos. Sin embargo, dada la dificultad de determinar cómo definir el monto de las indemnizaciones por daño moral, es difícil distinguir cuánto un hijo o una hija, por ejemplo, debiera recibir por el sufrimiento causado por la ausencia de su padre, y cuánto como heredero por el padecimiento que éste se presume que tuvo antes de ser ejecutado. Ello puede dar la impresión de que se está indemnizando dos veces por las diferentes consecuencias de una misma violación.

Como se indicó en su momento, esta distinción que la Corte emplea para determinar su forma de definir las reparaciones puede llevar a conclusiones que no están del todo justificadas, como al *imponer dicha distinción a otros procesos de reparación*. Es el caso en el que la Corte dispuso el pago de una indemnización por daño moral a los familiares directos de las víctimas, por el sufrimiento causado a ellos por la desaparición de sus familiares, pero que ya habían recibido reparación administrativa. La Corte justificó su decisión asumiendo que la reparación administrativa equivalía al daño material e inmaterial sufrido por la víctima directa, pero que restaba el pago del daño moral sufrido por sus familiares.[262]

[261] Para un estudio comparativo entre la jurisprudencia de ambos tribunales en relación a la inclusión de familiares de las víctimas directas, ver Rubio-Marín, Ruth, Sandoval, Clara, and Díaz, Catalina, Repairing Family Members: Gross Human Rights Violations and Communities of Harm. En Rubio-Marín, Ruth (ed.), The Gender of Reparations: Unsettling Sexual Hierarchies while Redressing Human Rights Violations. Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

[262] Corte IDH. *Caso Gomes Lund vs. Brasil, supra* 90, párrs. 303 y 309 a 311.

Si la Corte estimaba la reparación administrativa otorgada insuficiente, pudo haberlo justificado de esa forma. Sin embargo, imponer esta distinción significó afirmar la insuficiencia del programa administrativo de reparación sin justificar los factores precisos que la llevaron a concluir dicha insuficiencia.[263]

2. Familiares y otras personas con derecho a reparación

La Corte ha empleado un *concepto extenso y flexible de familiares* para determinar quiénes tienen el derecho a reparación, incorporando desde sus inicios la noción de familia que se adecúa a la cultura de las víctimas, especialmente en el caso de ciertas etnias con una identidad propia.[264] Sin embargo, también ha requerido la *prueba de la dependencia económica* respecto de aquellas personas que no son familiares directos, incluyendo las exigencias de pagos regulares y periódicos, y que hayan obedecido a una necesidad que era satisfecha por la ayuda económica que provenía de la víctima.[265]

No obstante, bajo el concepto de familiares directos la Corte *no se ha limitado a la existencia de vínculos de sangre*. En el caso de una víctima de detención ilegal, torturas y ejecución sumaria, la Corte incluyó como beneficiarios de reparación por daño inmaterial a diversos familiares, incluyendo al cónyuge de la madre de éste, aun cuando el matrimonio no fue acreditado en el proceso, bajo la categoría de "padre de crianza". Para ello la Corte argumentó que

> los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por la víctima fallecida como consecuencia de las torturas y de la ejecución extrajudicial; el entierro de los restos mortales del señor Juan Humberto Sánchez en el lugar en el que fue hallado; la detención arbitraria del padre y las amenazas que sufrieron los familiares como parte de lo ocurrido a la víctima, han ocasionado diversos sufrimientos en los miembros de su familia: hijas, compañeras, padres y hermanos de la víctima.[266]

El Estado reclamó de esto, a través de una demanda de interpretación de la sentencia, alegando que sólo debieran ser beneficiarios los parientes que tuvieran dependencia económica con la víctima, y rechazando el derecho del padre de crianza y de compañeras permanentes y madres de hijas extramatrimoniales de la víctima. La Corte *distinguió entre daño material e inmaterial*, indicando que el primero debe ser pagado a quienes *los hubieran soportado o hubieren sufrido la pérdida de ingresos* establecida en el proceso. Respecto del daño inmaterial la Corte afirmó que su indemnización se fundamenta en su propio *sufrimiento* y no en su calidad de sucesores de la víctima. Además, respecto del concepto de familia,

> el Tribunal toma en consideración en sus decisiones las situaciones concretas de las familias involucradas en los casos; y, a su vez, la realidad que nutre el concepto de familia en el continente, es decir, que 'el término familiares significa los familiares inmediatos [...] ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso.' En virtud de lo cual dispone quiénes deben recibir una indemnización por sucesión, o por derecho propio. En este sentido, los familiares de una víctima que ha fallecido pueden, a su vez, sufrir daños materiales, y corresponde a la Corte Interamericana establecer una indemnización que aquéllos pueden reclamar fundándose en un derecho propio no necesariamente coincidente con los criterios de la legislación sucesoral interna.[267]

De esta forma, para reconocer el sufrimiento del padre de crianza en cuestión, la Corte consideró toda la *evidencia que demostraba la cercanía* de éste con la víctima, concluyendo así el sufrimiento por él padecido.

---

[263] Ver sección IV.6 de este capítulo.
[264] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, supra* 7, párr. 62.
[265] *Ibidem*, párr. 68.
[266] Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C Nº. 99, párr. 173.
[267] *Ibidem*, párr. 57.

3. Oportunidad y exigencia de identificación de los titulares de reparación

El Reglamento de la Corte establece que las presuntas víctimas deben ser identificadas en los *escritos de inicio del proceso*, es decir, en el Informe de la Comisión a que se refiere el artículo 50 de la Convención.[268] En aplicación de la norma, la Corte exigía la plena identificación de las víctimas por parte de la Comisión y los representantes, "las que deben estar señaladas en la demanda y en el informe [de fondo] de la Comisión".[269] Esta postura tenía sólidos fundamentos en la Convención y su Reglamento, los que se basan en el derecho de la parte demandada de poder cuestionar la nómina de beneficiarios presentada.

La aplicación estricta de esta norma dio lugar a problemas en la identificación de cada una de las víctimas, particularmente en casos de *masacres*. Para responder a la eventual falta de individualización de víctimas en masacres la Corte se ha "reservado la posibilidad de determinar […] otras formas de reparación a favor de todos los miembros de las comunidades afectadas por los hechos del caso".[270] No obstante, en otro caso contemporáneo rechazó las pretensiones de quienes no estuvieran plenamente identificados.[271]

En otro caso de esta naturaleza la Corte reiteró la admisibilidad de un trato excepcional, argumentando que era justificado reconocer

> como presuntas víctimas a personas que no fueron alegadas como tal en la demanda, siempre y cuando se haya respetado el derecho de defensa de las partes y las presuntas víctimas guarden relación con los hechos descritos en la demanda y con la prueba aportada ante la Corte.[272]

Esta solución de naturaleza jurisprudencial respondía razonablemente al problema, pero era cuestionable desde la perspectiva formal. Ello fue corregido en la reforma de 2009 del Reglamento, que dispuso expresamente que

> Cuando *se justificare* que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de *violaciones masivas o colectivas*, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.[273]

Las condiciones son exigentes, pues debe tratarse de violaciones masivas o colectivas, y debe además justificarse la imposibilidad de identificar las víctimas en el informe de la Comisión.

No obstante, si bien pareciera justificable esta flexibilidad, es necesario advertir las serias consecuencias que la adopción de criterios flexibles en esta materia puede tener para el prestigio del Sistema Interamericano. Conociendo de otro caso de masacre, que además dio lugar a un masivo desplazamiento, las condiciones que tenía la Comisión y la Corte para determinar con precisión la identidad de las víctimas eran limitadas. El informe de la Comisión sólo identificaba a algunas de ellas. Sin embargo, durante el transcurso del proceso la Corte aceptó nuevas víctimas, entre ellas algunas individualizadas por el propio Estado.[274] Seis años después se descubrió que al menos dos de las víctimas identificadas con posterioridad no eran tales. El debate generado ha cuestionado la credibilidad de la Comisión

---

[268] Artículo 35.1.

[269] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, Nº. 170, párr. 224.

[270] Corte IDH. *Caso de la Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, Nº. 116, párr. 62. La Corte dispuso reparaciones simbólicas y materiales individuales a través de indemnizaciones y servicios de salud y vivienda, así como un programa de desarrollo a favor de toda la comunidad (párrs. 109 a 111).

[271] Corte IDH. *Caso* del *Instituto de Reeducación del Menor, supra* 198, párr. 273.

[272] Corte IDH. *Caso* de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, Nº. 148, párr. 91.

[273] Artículo 35.2. Destacado del autor.

[274] Corte IDH. *Caso* de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, Nº. 134, párrs. 252 a 261.

y de la Corte, aún cuando la conclusión más obvia que deriva de la existencia de una masacre de dicha naturaleza y de los problemas para incluso determinar la identidad de sus víctimas refieren a la incapacidad del Estado de proveer un recurso efectivo y rápido ante una violación de tal magnitud.

Una sentencia reciente explica el delicado equilibrio que la Corte debe mantener en esta cuestión. En ella se reconoce que la individualización de la parte lesionada en los escritos iniciales del proceso constituye una condición básica de "seguridad jurídica, [que] exige, como *regla general*, que todas las presuntas víctimas estén debidamente identificadas en ambos escritos, no siendo posible añadir nuevas presuntas víctimas en la demanda".[275] Se trata de una regla general, no absoluta, pero cuyas excepciones deben ser debidamente justificadas y limitadas a las condiciones estrictas que establece el nuevo Reglamento. De esta forma, en situaciones de masividad en las que la individualización de las víctimas es incompleta, la Corte ha concedido plazos de dos años para que aquellos que no estuvieran plenamente identificados, sin embargo limitado a la posibilidad de precisar sus nombres, y no de agregar nuevas víctimas.[276]

VII. Condenación de costas

La condena al pago de costas no está expresamente incluida en el artículo 63.1. Es fruto de la elaboración jurisprudencial de la Corte, siendo también plasmada en sus sucesivos reglamentos. Este esfuerzo por reconocimiento más allá del texto convencional revela su importancia. Como ha dicho un juez de la Corte, la posibilidad de condenar al pago de costas

> tiene que ver con el problema del acceso a la justicia. De nada serviría un sistema muy elaborado de recursos y garantías ante los tribunales, si los particulares se vieran impedidos de llegar a él, de manera efectiva, por carecer de los recursos necesarios para tal fin.[277]

Por ello es importante revisar la forma como la Corte ha entendido este derecho, los elementos que ha considerado para determinar las Costas y los requisitos exigidos.

Desde sus sentencias iniciales la Corte ha aceptado que el Tribunal puede determinar la condena al Estado del pago de las costas, pero en todas ellas las rechazó por diferentes motivos. En la primera de ella, no obstante, no hubo condena en costas, pero no porque no procediera, sino porque *no fue presentada la solicitud en el momento correspondiente*, es decir, junto con la demanda.[278] Posteriormente, en un caso en que la solicitud de condena en costas fue presentada por la Comisión, ésta pidió que se incluya como costas el reembolso de sus gastos de operación incurridos en relación al caso, así como sus gestiones ante el Estado imputado. Tampoco incluyó en la condena los gastos de un viaje de la Secretaría adjunta de la Corte al país en cuestión. La Corte precisó que ello no corresponde, toda vez *que los costos de funcionamiento de la Corte y la Comisión son financiados como parte del presupuesto de la OEA*.[279] No obstante, la Corte sí condenó al Estado al reintegro de los "*gastos incurridos por las familias* en razón de la desaparición de las víctimas, [los que] fueron determinados a partir de los montos reclamados por la Comisión".[280] *Estos gastos no se referían exclusivamente a las costas del litigio internacional, por lo que su naturaleza es confusa. Ello obedece a que en el proceso los familiares de las víctimas no actuaron, sino a través de la Comisión.*

En otro de los casos iniciales la Comisión solicitó la condena en costas "incluyendo los honorarios razonables del abogado de la víctima".[281] El Estado, a su vez, solicitó la condena en costas a los deman-

[275] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, Nº. 234, párr. 42. Destacado del autor.
[276] Corte IDH. *Caso Gomes Lund vs. Brasil, supra* 90, párr. 252.
[277] García Ramírez, Sergio, *supra* 62, página 60.
[278] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* 16, párr. 193.
[279] Corte IDH. *Caso Aleboetoe y otros vs. Surinam, supra* 7, párrs. 113 y 114.
[280] *Ibidem*, párr. 94. Destacado del autor.
[281] Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, Nº. 16, párr. 18.

dantes.[282] La Corte, finalmente, desestimó la solicitud de condenar al pago de costas en razón de que "la responsabilidad de Suriname es inferida".[283] Esto en razón de que si bien se determinó que la víctima había sido detenida ilegalmente, no se estableció que su muerte, por asfixia, haya sido responsabilidad directa del Estado. En el mismo caso la indemnización fijada lo fue de carácter nominal. En casos posteriores, la Corte reiteró su jurisprudencia en relación a los gastos de operación de la Comisión, pero concedió una indemnización en equidad a los familiares por gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país, aún cuando no se hubieran presentado prueba sobre su monto.[284]

El primer caso en el que hubo una condena en costas se refiere a una sentencia de 1998. En él los abogados de las víctimas solicitaron tal condena, alegando los gastos incurridos en el litigio, a lo cual el estado no se opuso. Sobre su procedencia la Corte señaló:

> Las costas constituyen un asunto por considerar dentro del concepto de reparación al que se refiere el artículo 63.1 de la Convención, puesto que derivan naturalmente de la actividad desplegada por la víctima, sus derechohabientes o sus representantes para obtener la resolución jurisdiccional en la que se reconozca la violación cometida y se fijen sus consecuencias jurídicas. Dicho de otra manera, la actividad desplegada por aquéllos para acceder a la justicia que la Convención provee implica o puede implicar erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados a la víctima cuando se dicta sentencia condenatoria.[285]

En la misma resolución especificó qué debe comprenderse por costas, incluyendo "honorarios […] a quienes brindan asistencia jurídica", especificando que se trata de *"gastos necesarios y razonables,* según las particularidades del caso y *efectivamente realizados* o causados *a cargo de la víctima o sus representantes*".[286] Ellos incluyen gastos incurridos tanto en la *etapa de acceso a la justicia a nivel nacional*, que fueron los cubiertos por la Corte en sus sentencias anteriores, aunque denominados en ellas como indemnización por gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país, **y a** *nivel internacional.* Esta última comprende sus dos instancias: la Comisión y la Corte.[287] La Corte justifica la condena en costas en el reconocimiento del derecho de los representantes de las víctimas o de sus familiares de presentar sus propios argumentos y pruebas, en virtud del Reglamento[288] "lo que abre la posibilidad de gastos asociados a dicha representación".[289]

Para su determinación la Corte rechazó utilizar como parámetro una proporción del monto de la indemnización obtenida, y consideró, en cambio, el monto de costas que hayan sido oportunamente comprobadas, "las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento".[290] En base a ello la Corte fijó un monto en equidad. Este razonamiento ha sido seguido por la Corte en sus casos posteriores.

Se puede resumir entonces los criterios establecidos por la Corte en materia de condenación en costas en los siguientes puntos:

[282] *Ibidem*, párr. 19.
[283] *Ibidem*, párr. 71, en relación al párr. 62.
[284] Corte IDH. *Caso Neira Alegría vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C, Nº. 29, párr. 42.
[285] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, supra* 207, párr. 79.
[286] *Ibidem*, párr. 80. Destacados del autor.
[287] *Ibid*, párr. 81.
[288] Artículo 23 del Reglamento de 1996, vigente al momento de la sentencia, derecho que ha sido ampliado posteriormente de acuerdo al artículo 25 del actual Reglamento.
[289] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, supra* 207, párr. 81.
[290] *Ibidem*, párr. 82.

a) La condenación en costas debe ser solicitada por las partes al comienzo del litigio, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior.[291]

b) Deben comprobarse los gastos cuyo reembolso se solicita, pero además debe hacerse "una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezca con claridad los rubros y la justificación de los mismos".[292]

c) No basta solicitar cualquier monto convenido entre las partes y sus representantes, sino la Corte analiza que *su quantum* sea razonable.[293]

d) Sin perjuicio de los gastos alegados o comprobados, la Corte frecuentemente define el monto de las costas en base a la equidad, considerando las dificultades probatorias que puede implicar acreditar todos los gastos incurridos, pero también exigiendo un criterio de razonabilidad.

e) Deben referirse directamente a gastos incurridos para sus actuaciones en la jurisdicción interna o internacional, debiendo tener relación directa con el litigio.[294] En las últimas sentencias la Corte se ha reservado el derecho de disponer del pago de costas en las que las partes deban incurrir en la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia.[295]

f) Es una materia disponible, en el que la falta de oposición del Estado tiene efectos, y que también puede ser renunciada.[296]

g) Frecuentemente son pagadas a la parte lesionada, para que éstas paguen a quienes las representaron. Sin embargo, hay casos en los que la Corte ha hecho el pago directo a los representantes, para facilitar el proceso, especialmente tratándose de la existencia de numerosas víctimas.[297]

Finalmente, cabe señalar que las condenas en costas han sido objeto de las mismas formas de protección de la integridad de los montos a que condena la Corte por concepto de indemnización.

VIII. Medidas provisionales

El segundo párrafo del artículo 61 otorga a la Corte la facultad de adoptar medidas provisionales *para evitar daños irreparables a las personas*. Ello limitado a situaciones de *extrema gravedad y urgencia*, ya sea en relación a *casos de los que esté en actual conocimiento* o respecto de *solicitudes que la Comisión le presente*. Se trata de tres requisitos copulativos exigidos por la norma y que la Corte ha sostenido en forma invariable en su jurisprudencia:

a) extrema gravedad;

b) urgencia, y

c) que se trate de evitar daños irreparables a las personas.

Estas tres condiciones son *coexistentes* y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal. Del mismo modo, las tres condiciones descritas deben *persistir* para que la Corte mantenga la protección ordenada.[298]

---

291 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, supra 269*, párr. 275.

292 *Ibidem*, párr. 277.

293 *Ibidem*, párr. 280.

294 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, supra* 115, párr. 382.

295 Corte IDH. *Caso Torres Millacura vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C, Nº. 229, párr. 200.

296 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C, Nº. 121, párrs. 117 y 118.

297 Corte IDH. *Caso* de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia, supra* 274, párrs. 324 y 325.

298 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*. Medidas provisionales respecto de México. Resolución de la Corte de 30 de junio de 2011, considerando 10. Destacado del autor.

Se trata de una facultad que, si bien limitada a circunstancias estrictas, ofrece significativas posibilidades para la protección de los derechos humanos.

1. Naturaleza de esta facultad y particulares potenciales de ella como medida tutelar de derechos fundamentales

La Corte ha afirmado que ellas van más allá del propósito de las medidas provisionales en los sistemas jurídicos internos, referidas a "preservar los derechos de las partes en controversia y asegurar que la sentencia de fondo no sea perjudicada por las acciones de ellas *pendente lite*".[299] Así ha dicho que

> en el Derecho Internacional de Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente *tutelar*, por cuanto *protegen derechos humanos*, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la *extrema gravedad y urgencia* y de la *prevención de daños irreparables a las personas*, las medidas provisionales se transforman en una verdadera *garantía jurisdiccional de carácter preventivo*.[300]

Posteriormente ha precisado estos conceptos al distinguir entre medidas cautelares y tutelares.

> El *carácter cautelar* de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas. En cuanto al *carácter tutelar* de las medidas provisionales esta Corte ha señalado que éstas se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.[301]

También ha considerado que la obligación de disponer de medidas de protección es *resultado de la obligación, erga omnes, de los Estados de proteger* a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción "no sólo en relación con el poder del Estado sino también *en relación con actuaciones de terceros* particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza".[302]

No debe escapar de la atención las potencialidades de las facultades de carácter tutelar de estas atribuciones, particularmente cuando se ejercen en casos que no están siendo conocidos por la Corte como parte de su jurisdicción contenciosa. Aquí radica un potencial que no se ha desarrollado suficientemente. Ella constituye un mecanismo de protección de derechos humanos, como los que establecen órganos de tratados en el caso del sistema de Naciones Unidas, pero que puede dar lugar a decisiones obligatorias para los Estados.

---

[299] Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Resolución de la Corte de 30 de marzo de 2006, considerando 4.

[300] *Ibidem*, considerando 5. Destacado del autor.

[301] Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte de 6 de julio de 2009, considerando 16. Destacado del autor.

[302] Corte IDH. *Caso* de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002, considerando 11. Ver también la opinión del juez Cançado Trindade en relación al surgimiento de un derecho a la asistencia humanitaria y el carácter de *erga omnes* de esta obligación del Estado, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Resolución de la Corte de 15 de marzo de 2005, voto concurrente, así como en sus demás votos concurrentes presentados en este mismo caso.

En efecto, esta facultad puede tener un impacto aún mayor en la vigencia de los derechos humanos en el Continente que la jurisprudencia contenciosa de la Corte. La *prontitud* de sus decisiones, el *carácter obligatorio* de éstas y la capacidad para hacer un *seguimiento* de su cumplimiento hace de ellas un mecanismo muy poderoso de tutela. Llama la atención su escasa difusión y uso, considerando este potencial.

2. Oportunidad y órganos competentes

Estas medidas pueden ser decididas *en cualquier estado del procedimiento*, pudiendo la Corte ordenarlas *de oficio*. También pueden ser ordenadas en casos que no son de conocimiento aún de la Corte, *a solicitud de la Comisión*.[303] Ellas pueden ser decididas por la Corte o por su Presidente, en caso que ésta no esté reunida.[304] Precisamente la primera de ella fue decretada por el Presidente de la Corte, ante solicitud de la Comisión, por las amenazas sufridas por los testigos en un caso que estaba conociendo la Comisión, así como por la viuda de una de las víctimas y de un periodista vinculado a ella. En su resolución, al Corte requirió al gobierno del país respectivo la adopción sin dilación de cuantas medidas sean necesarias para la protección del derecho a la vida y la integridad personal de las personas amenazadas, "en estricto cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que tiene contraída en virtud del artículo 1.1 de la Convención".[305] La resolución del Presidente convocó a la Corte a sesionar dos meses después, para conocer de la solicitud y de la medida adoptada, así como al Gobierno y a la Comisión a una audiencia pública sobre el asunto en la misma época. Durante la audiencia la Corte escuchó a la Comisión y al Estado y, dada la no implementación por parte de éste de ninguna medida útil de protección, le dio un plazo de 30 días para dar cumplimiento a lo ordenado por el Presidente.[306] A los seis meses la Corte evaluó la situación, en base a informes del Estado y de la Comisión, dispuso la continuación y la ampliación de las medidas de protección efectuadas. La Corte precisó que su jurisdicción

> se limita a *'casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas...'*, en un caso aún no sometido a la Corte una vez que el Estado ha adoptado las medidas provisionales y a menos que existan circunstancias apremiantes en contrario, ésta debe devolver las diligencias a la Comisión. Esta decisión no inhibe, sin embargo, a la Comisión, si la gravedad y urgencia así lo requieren, de solicitar a la Corte, en cualquier momento, la aplicación del artículo 63.2.[307]

Con el tiempo la Corte *ha reducido sus tiempos de respuesta*. En ese caso, el Presidente se pronunció 20 días después del envío de la solicitud de la Corte, y las medidas adoptadas tuvieron los plazos ya indicados. En un caso más reciente, la primera medida del Presidente fue dictada *dos días* después de despachada la solicitud de la Comisión; requirió al Estado la *protección inmediata* de las personas amenazadas; que informe de ellas en 15 días a la Comisión; solicitó a los beneficiarios informar en siete días de notificados del informe del Estado; solicitar a la Comisión presentar un informe a la Corte en cinco días de notificada del informe del Estado, e iniciar un proceso de informes periódicos de parte

---

303 La Comisión solicita a la Corte imponer medidas cautelares ante la falta de implementación por parte del Estado de aquellas solicitadas por la Comisión y la persistencia de una situación de extrema gravedad y urgencia.

304 Materia es regulada por el artículo 27 del Reglamento de la Corte.

305 Corte IDH. *Caso Bustíos – Rojas*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Perú. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de junio de 1990.

306 Corte IDH, *Caso Bustíos – Rojas*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Perú. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de agosto de 1990. Es importante señalar que la Corte IDH denomina "medidas urgentes" las que dicta provisionalmente su Presidente cuando la Corte no se encuentra reunida, y "medidas provisionales" a las que se dictan cuanto la Corte actúa en forma colegiada.

307 Corte IDH, *Caso Bustíos – Rojas*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Perú. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de enero de 1991, considerando 4.

del Estado. Dispuso, también, en lugar de convocar a la Corte a una sesión extraordinaria, poner la Resolución en consideración de ésta durante su próximo período ordinario de sesiones.[308]

Para efectos de economía procesal, la Corte también ha dispuesto la acumulación de casos que versan sobre una misma naturaleza y respecto de un mismo país.[309] Sin embargo, dicha acumulación no implica atribuirse facultades para pronunciarse sobre las condiciones generales de la política penitenciaria en el país o sobre las condiciones de reclusión en recintos diferentes de aquellos específicos a los que se han referido los informes de la Comisión que le han otorgado competencia.[310]

3. Evaluación del cumplimiento de requisitos

La evaluación de las circunstancias que exige el artículo 63.2 para disponer medidas de provisionales debe hacerse en forma precisa respecto de cada una de las personas que se solicita protección. No obstante, ello no implica desconocer el contexto general que afecta "al beneficiario o lo colocan en posición de vulnerabilidad en un determinado momento".[311] Sobre esta valoración del contexto general de amenaza la Corte ha dicho

> puede existir un conjunto de factores o circunstancias que revelen graves agresiones contra un grupo de personas en particular, que sitúe a estas personas en una situación de extrema gravedad y urgencia de sufrir daños irreparables. En esta situación extrema, por ejemplo, una serie de graves ataques contra el grupo al que pertenece el beneficiario que permita inferir razonablemente que éste también será atacado, se puede justificar la concesión de medidas provisionales aun sin amenaza directa reciente a tal beneficiario.[312]

Los requisitos para adoptar medidas provisionales no varían respecto de casos contenciosos que esté conociendo la Corte y casos presentados por la Comisión. Sin embargo, la *evaluación de la existencia de tales riesgos naturalmente varía.* En casos contenciosos, en los que usualmente las medidas se solicitan para la protección de testigos en el juicio, existe un contexto que facilita determinar que, por ejemplo, la entrada a la morada de algunos testigos, sumados a la identificación de sus nombres por una emisora radial y la presencia de agentes de inteligencia en el lugar donde se toman los testimonios justifican la adopción de medidas provisionales.[313] El cúmulo de antecedentes necesarios para que la Corte tenga por establecido la existencia de las condiciones que justifican estas medidas en casos que la Corte no está conociendo son claramente mayores. Además, en estos casos las presentaciones requieren ser evaluadas por la Comisión, mientras que en los primeros ellas pueden ser presentadas directamente por las partes, lo que implica diferencias en materia de acceso entre ellas.

A través de su jurisprudencia reciente la Corte ha detallado los criterios que exige para determinar el cumplimiento de los requisitos para disponer de estas medidas en asuntos que no corresponden a un caso contencioso. Al respecto, la Corte ha señalado que

> en vista del carácter tutelar de las medidas provisionales, excepcionalmente, es posible que las ordene, aún cuando no exista propiamente un caso contencioso en el Sistema Interamericano, en situaciones que, *prima facie*, puedan tener como resultado una afectación grave y urgente de derechos humanos. Para ello, se debe hacer una *valoración del problema planteado*, la

[308] Corte IDH, a favor de *Adrián Meléndez y otros*. Medidas Urgentes respecto de El Salvador. Resolución del Presidente de la Corte IDH de 23 de marzo de 2007, puntos resolutivos.

[309] Corte IDH, asunto *Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocorón"*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte de 15 de mayo de 2011, punto resolutivo 1.

[310] Corte IDH, asuntos *de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de julio de 2011, considerando 5.

[311] Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros, supra* 301, considerando 26.

[312] *Ibidem*, considerando 27.

[313] Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de junio de 2005, considerando 6, en relación con vistos 3.

> *efectividad de las acciones estatales* frente a la situación descrita y el *grado de desprotección en que quedarían las personas sobre quienes se solicitan medidas en caso de que éstas no sean adoptadas.* Para lograr este objetivo es necesario que la Comisión Interamericana presente una motivación suficiente que abarque los criterios señalados y el Estado no demuestre en forma clara y suficiente la efectividad de determinadas medidas que haya adoptado en el fuero interno.[314]

En este caso, la Corte ponderó que las medidas adoptadas por el Estado para proteger a todos los internos de una cárcel donde habían ocurrido repetidos hechos de violencia, causando la muerte de varios de ellos, "no habría[n] impedido que continúen sucediendo hechos de violencia",[315] resolviendo ratificar lo resuelto por el Presidente de la Corte cuando dispuso de medidas inmediatas. Agregó también una exigencia que ha sido incorporada regularmente en este tipo de resoluciones, como es la de que ellas se planifiquen e implementen con la *participación de los beneficiarios* y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de su ejecución".[316]

4. Prueba de los hechos para su otorgamiento, ampliación y levantamiento

En materia de la prueba de los hechos que dan ocasión a la situación de amenaza, la Corte ha señalado, luego de hacer una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, que las afirmaciones de la Comisión acerca de los hechos son suficientes

> para otorgar *prima facie* a esta situación las características de extrema gravedad y urgencia que justifican que la Corte tome las medidas provisionales que considere pertinentes con el fin de evitar daños irreparables a aquellas personas en cuyo favor se solicitan.[317]

No obstante, ha advertido que su adopción no implica una decisión sobre el fondo de la controversia.[318]

Asimismo, para su mantenimiento, la Corte ha dicho que:

> En razón de su competencia, en el marco de medidas provisionales, la Corte debe considerar únicamente argumentos que se relacionen estricta y directamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a las personas. Es así que a efectos de decidir si se mantiene la vigencia de las medidas provisionales el Tribunal debe analizar si persiste la situación de extrema gravedad y urgencia que determinó su adopción, o bien, si nuevas circunstancias igualmente graves y urgentes ameritan su mantenimiento. Cualquier otro asunto sólo puede ser puesto en conocimiento de la Corte a través de los casos contenciosos correspondientes.[319]

Uno de los problemas que la jurisprudencia de la Corte tiene en esta materia es que *no queda claro quién tienen la carga de la prueba* para la mantención de medidas provisionales. La Corte ha señalado que esta evaluación implica por parte de los solicitantes presentar *pruebas sobre la persistencia de la amenaza*, y, si el Estado solicita el levantamiento de las medidas, éste deberá probar el cambio de circunstancias.[320] En la misma resolución, estableció que

---

[314] Corte IDH, asunto *Centro Penitenciario Aragua "Cárcel de Tocorón"*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 2010, considerando 7.

[315] *Ibidem*, considerando 10.

[316] *Ibidem*, punto resolutivo 2.

[317] Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1994, considerando 3.

[318] Corte IDH, *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, considerando 5.

[319] Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana*. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de de 3 de febrero de 2010, considerando 11.

[320] Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros, supra* 301, considerando 18.

> ante el transcurso de cierto tiempo sin la ocurrencia de amenazas, el Tribunal debe analizar las causas por las que tales amenazas ya no se producen, para determinar si procede el mantenimiento de medidas provisionales, sin perder de vista el carácter esencialmente provisional y temporal que deben tener éstas.[321]

El criterio no está suficientemente establecido. Siendo medidas extraordinarias, debiera presumirse la no subsistencia de los hechos. Sin embargo, ante ausencia de cambios generales de los patrones de violencia e impunidad existentes, es injusto imponer una carga probatoria excesiva sobre los solicitantes. Así, en un caso en que las medidas fueron renovadas durante 14 años, y ante la ausencia de amenazas durante cierto período de tiempo, la Corte solicitó al Estado hacer una *evaluación individual del riesgo* a que estaban sometidas cada una de las personas, y de *planes de contingencia* ante la eventual materialización de dichos riesgos, indicando que en base a dicho informe, y luego de oídas la Comisión y los representantes, se pronunciaría sobre el levantamiento de las medidas.[322]

No obstante, aún en caso de levantarse las medidas, *subsiste la obligación de garantía* que en general pesa al Estado, más allá de las medidas concretas decretadas o levantadas. Los Estados están obligados a proveer protección a las personas sujetas a su jurisdicción, y sus tribunales a ordenar las medidas que estimen necesarias para cumplir con esta obligación. Los Estados son también responsables de las violaciones que se sometan como resultado de incumplir con esta obligación.[323]

5. Contenido de las medidas adoptadas

Las medidas que ha dictaminado la Corte en estos casos son *genéricas*, sin incurrir en demasiado detalle sobre su contenido. Ellas no son prescriptivas, sino se refieren, en general, a la adopción de "las medidas que sean necesarias y efectivas para evitar"[324] el peligro inminente que se teme, o "que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para asegurar eficazmente la protección de la vida e integridad personal" de aquellos que están en una situación de riesgo comprobada.[325] No obstante, dicha *generalidad no implica dejar de referirse a los riesgos específicos que la Corte ha constatado.*

En resoluciones referidas a casos que estaban siendo ya conocidos por la Corte, ella ha requerido de parte de los Estados la presentación de informes periódicos sobre el cumplimiento de las medidas provisionales dispuestas, y a la Comisión que presente sus observaciones a dichos informes.[326] Estos procesos de supervisión son frecuentes también en los asuntos que conoce la Corte a requerimiento de la Comisión. Ellos se traducen en la exigencia de informes periódicos que deben elaborar los Estados sobre el cumplimiento de las medidas adoptadas y las condiciones de amenaza en la que se encuentran las personas protegidas. La Comisión, a su vez, elabora sus propios informes para permitir a la Corte pronunciarse sobre la mantención, levantamiento o ampliación de las medidas.

Estos procesos de supervisión suelen incluir tanto la existencia de condiciones de riesgo como la investigación de las amenazas que dieron motivo al dictado de las medidas provisionales. *En este caso las medidas de protección se mantuvieron por casi 10 años, lo que no es excepcional. Ellas estuvieron vigentes hasta que la Comisión evaluó, con la participación de las propias personas sujetas*

[321] *Ibidem*, considerando 19.
[322] *Ibidem*, considerando 31.
[323] *Ibidem*, considerandos 21 y 24.
[324] Corte IDH, asunto *Centro Penitenciario Aragua "Cárcel de Tocorón", supra* 314, punto resolutivo 1.
[325] Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Guatemala. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de agosto de 1995, punto resolutivo 1. También se han dictado medidas para porteger otros derechos, como en el *caso L.M. respecto de Paraguay*, en el que se otorgaron para evitar la dilación indebida de un procedimiento de custodia de un menor de edad.
[326] Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 1995, puntos resolutivos.

de protección, la inexistencia de la situación especial de riesgo, aún cuando la investigación de las amenazas no arrojó resultados.[327] Dada la naturaleza extraordinaria de estas medidas y no existiendo ya condiciones especiales de riesgo ellas fueron levantadas.[328]

Las medidas de protección dictadas han sido variadas, *dependiendo de la naturaleza de las amenazas* que se pretenden enfrentar. En el caso señalado, caracterizado por la existencia de un conflicto interno, la Corte no sólo ordenó la protección de los miembros de las comunidades, sino también la investigación de los hechos, la adopción de medidas que permitan a los miembros de las comunidades continuar viviendo en las localidades que habiten, otorgar zonas humanitarias de refugio, otorgar ayudas humanitarias, establecer mecanismos de supervisión continua y de comunicación permanente en las zonas de refugios, y dar participación a los representantes de los beneficiarios en la planificación e implementación de las medidas de protección establecidas.

La Corte ha otorgado medidas de protección no sólo a individuos, sino a los *miembros de comunidades* que si bien "no habían sido previamente nominadas, [...] sí eran identificables y determinables y se encontraban en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a una comunidad".[329] No obstante, la cuestión sobre la pertenencia a las comunidades ha sido luego objeto de debate, especialmente ante la dificultad de identificar criterios objetivos de pertenencia respecto de ciertas familias habitantes de las mismas zonas. También ha otorgado protección a

> una *pluralidad de personas* que no han sido previamente nominadas, pero que sí son identificables y determinables y que se encuentran en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a un grupo o comunidad, tales como personas privadas de libertad en un centro de detención.[330]

Al observar las resoluciones dictadas por la Corte o por su Presidente en esta materia se aprecia la magnitud de la labor de protección y seguimiento empleada por la Corte. Algunos casos son objeto de revisiones periódicas durante muchos años. En esta labor de seguimiento se aprecia una *labor coordinada*, en sus respectivos ámbitos y funciones, de la Corte con la Comisión. Sin embargo, la Corte ha tenido cuidado de no extralimitarse en el ámbito de aplicación de estas medidas, y de enfocarse en los casos de amenazas concretos que recibe. Ello la legitima como un actor fundamental en la protección de los derechos humanos en el Continente, con capacidad de actuar con prontitud y de disponer medidas que los Estados se sienten obligados a cumplir.

Es interesante notar también que una gran proporción de las medidas provisionales otorgadas de carácter tutelar, que no guardan relación con casos contenciosos, se refieren a condiciones carcelarias. Recientes muertes masivas en cárceles de diferentes países de la región demuestran que este no es un problema aislado de algunos Estados, sino obedece a una tendencia general en el Continente. La utilización de este mecanismo puede ser una contribución al mejoramiento de estas políticas a nivel de los países, lo que además puede contribuir a la implementación de medidas de carácter regional que respondan a la generalidad de este fenómeno. Así, al poder apuntar a algunos de los problemas más serios y comunes

[327] No obstante, con posterioridad ha afirmado que la insuficiencia de estas investigaciones, por sí mismas, no permiten justificar la persistencia de la situación de amenaza, sin perjuicio de que el juzgamiento sobre una eventual incumplimiento de la obligación de proveer un mecanismo efectivo, de acuerdo al artículo 25 de la Convención, pueda ser objeto de un examen de fondo del caso. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de julio de 2009, caso Carpio Nicolle y otros, considerando 24.

[328] Corte IDH, *Caso Blake*. Medidas Provisionales respecto del Estado de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de junio de 2005.

[329] Corte IDH, *Caso comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003, considerando 9. Ver también la primera resolución sobre esta materia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso* de la *comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000, considerando 7, y votos concurrentes de los jueces Abreu Burelli y García Ramírez.

[330] Corte IDH, Serie C, Nº. Resolución sobre asunto *Centro Penitenciario Aragua "Cárcel de Tocorón", supra* 314, considerando 13. Destacado del autor.

en materia de derechos humanos en el Continente, la facultad de ordenar medidas provisionales puede ser una *contribución al mejoramiento de las condiciones de protección y vigencia de los derechos humanos a nivel regional.*

IX. Conclusiones

En casi 23 años desde la dictación de la primera sentencia de reparaciones en un caso ejerciendo su jurisdicción contenciosa la Corte IDH ha desarrollado una notable jurisprudencia en materia de reparaciones y de medidas cautelares. Esta jurisprudencia ha reafirmado la noción sobre la existencia de la *obligación de los Estados de reparar* las consecuencias que sus actos violatorios de la Convención tienen en las personas sujetas a su jurisdicción. Tan importante como dicho desarrollo, no obstante, es que la jurisprudencia de la Corte se ha traducido en *medidas concretas de reconocimiento de derechos* a favor de víctimas de violaciones o de amenazas, expresadas materialmente en medidas de reparación, garantías de no repetición, y formas de protección y prevención.

La jurisprudencia de la Corte ha contribuido al reconocimiento universal del derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tal como ha sido recogido posteriormente por los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a la reparación. En efecto, en los trabajos preparatorios para la definición de los Principios Básicos se aprecia la influencia de la Corte en el desarrollo de este derecho.[331]

La Corte ha reconocido el derecho a la reparación, pero sin ir más allá del reconocimiento de la personalidad de derecho internacional que la Comisión de Derecho Internacional ha hecho. Al reconocer este derecho en el contexto de un mecanismo concreto que ofrece a las personas la posibilidad de litigar ante un organismo internacional, la Corte no se ha excedido del actual grado de reconocimiento de actoría de las personas naturales en este ámbito. No obstante, ha declarado con claridad que la regulación del derecho a la reparación por violaciones a normas de carácter internacional está sometida el derecho internacional, y que ninguna norma de derecho interno puede ser obstáculo para el reconocimiento de este derecho.

A su vez, al determinar las formas concretas de reparación, la Corte ha adoptado un criterio flexible, ejerciendo su atribución para evaluar la procedencia de ellas y las medidas que mejor responden a las consecuencias directas de las violaciones cometidas. Se observa que en todos los casos en los que la Corte ha establecido que ha habido una violación ha dictado medidas para garantizar el goce de derechos, aunque dicho lenguaje haya sido usado sólo en sus primeras sentencias y en la actualidad todas las medidas caigan sobre el rótulo nominal de reparaciones. Sin embargo, en varios casos la Corte ha afirmado que la sentencia es una medida de reparación suficiente, sin decretar indemnizaciones u otras formas de reparación material. El seguimiento que ella ha hecho del cumplimiento de sus sentencias ha ayudado también a que ellas no constituyan meros actos declarativos, sino que existan consecuencias para su incumplimiento y persista la atención sobre el caso más allá de la dictación de la sentencia.

Mediante una decisión temprana, en el caso *El Amparo*, ya citada,[332] así como del uso profuso de consideraciones de equidad para determinar los montos de las indemnizaciones y condenas en costas, *la Corte se ha autoeximido de parámetros precisos que regulen sus decisiones en esta materia.* En ocasiones ello facilita a víctimas en condición de pobreza y con dificultades para acreditar gastos o hechos ocurridos en el pasado lejano y en contexto de economías informales, de proveer documentación difícil de obtener. También facilita el reconocimiento de derechos a grupos masivos de víctimas, respecto de los cuales exigencias probatorias estrictas implicarían el rechazo de sus pretensiones. Si

[331] Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estudio Relativo al Derecho a Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Informe Final presentado por el Relator Especial Sr. Theo van Boven, supra 1.

[332] Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela, supra* 55, párr. 34.

bien ello afecta la certeza jurídica que sería esperable que exista en asuntos de esta naturaleza, ello es en consonancia con la atribución establecida en el artículo 63.1 de evaluar la procedencia o no de la reparación. Sin embargo, en ocasiones el uso de esta discrecionalidad ha llevado a la Corte a evadir pronunciarse sobre ciertas cuestiones presentadas por las partes, o para no justificar con suficiencia diferencias entre la forma como los daños sufridos por ciertas personas son evaluados. Si bien la Convención otorga un grado amplio de discrecionalidad a la Corte en materia de definir si procede o no una reparación, ello no debiera implicar necesariamente que dicha laxitud también existe al momento de determinar el monto de los perjuicios inmateriales, o incluso para determinar la forma de calcular perjuicios materiales cuando no existe certeza sobre su apreciación. Por ello sería recomendable que la Corte se hiciera cargo con mayor profundidad de argumentar cómo llega a la definición de estos montos, y en base a qué en algunos casos se aparta de lo resuelto en otros. Los partícipes: representantes, la Comisión y los Estados, también podrían contribuir a esto exigiendo en sus presentaciones apego a los precedentes de la Corte. Esto implica, eso sí, no exigir un apego matemático, sino considerar la *ratio juris* de esas decisiones, junto a las particularidades del caso en cuestión.

En estos casi 23 años de desarrollo la Corte ha evolucionado también desde posturas más formalistas hacia una *mayor capacidad para escuchar y responder a las necesidades de las víctimas. Las medidas de reparación han adquirido mayor integralidad,* reconociendo formas de afectación que en un principio no lo eran . Ello se observa particularmente en la forma de comprender el daño inmaterial, y la incorporación de la noción de daño al proyecto de vida, o las diversas formas que éste pueda tomar, como perjuicios a los vínculos de familia o al desarrollo personal. Es interesante notar, eso sí, que este avance ha ido acompañado por la prudencia necesaria para que este concepto no se confunda con una forma adicional de reparación, sino que ha sido considerado para la incorporación de dimensiones que enriquecen el concepto de daño inmaterial o de medidas de satisfacción. No obstante, su desarrollo también ha estado caracterizado por imprecisiones, y por conceptos equívocos y a veces confusos. El reconocimiento nominal de esta noción en el primer caso en que ella apareció,[333] pero sin traducirse en una expresión concreta, ha contribuido a la confusión. Precisiones posteriores han ayudado a definir mejor el sentido de esta institución, aunque mayor debate académico y jurisprudencial es necesario.

Esta evolución ha implicado también desarrollar modalidades de reparación que *superan la limitación patrimonialista del derecho civil* en la que el derecho a la reparación suele inspirarse. La Corte ha reconocido la naturaleza especial de las violaciones de derechos humanos como *acciones políticas*, y la necesidad de los Estados de responder políticamente a las consecuencias de tales violaciones, y no sólo patrimonialmente. También ha reconocido la importancia de las medidas *simbólicas* que deben acompañar a las medidas materiales. Finalmente, ha reconocido la importancia de la *participación de las víctimas* en la gestión de ciertas medidas de reparación, así como en medidas cautelares y tutelares.

Este desarrollo puede ser de una gran *contribución a los tribunales nacionales* no sólo en relación a casos sobre violaciones a los derechos humanos, sino en general para asegurar una reparación más completa a víctimas de hechos violentos. Puede contribuir a enriquecer el tratamiento que en algunas jurisdicciones locales se da a la reparación al daño, particularmente en relación de los perjuicios y la pérdida de oportunidades generados por un hecho traumático o por la búsqueda de justicia. Aún más, puede contribuir a profundizar el tratamiento que se da en ciertas jurisdicciones al daño inmaterial, los criterios para definirlo, el empleo de presunciones sobre el sufrimiento que hechos traumáticos causan en la víctima y sus familiares más cercanos, el empleo de un concepto amplio de beneficiarios como aquellos cuya vida se ha visto seriamente afectada por los hechos, y formas de reparación que combinan elementos materiales y simbólicos.

No obstante esta tendencia progresiva, la Corte aún conserva su naturaleza de tribunal de Derecho, y exige de las partes y de la Comisión fundamentar y acreditar sus peticiones. La flexibilidad adoptada, incluso para la determinación de los beneficiarios de reparación en casos de numerosas víctimas, no

[333] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, supra* 39, párr. 153.

implica impedir al Estado presentar objeciones, argumentos o pruebas en contra. Así, la Corte ha mantenido una actitud de imparcialidad y de rigurosa aplicación del principio de *bilateralidad de la audiencia*, aún a pesar de las críticas políticas que, de parte de los Estados condenados a pagar reparaciones, suele recibir.

Finalmente, desde el punto de vista del derecho a recibir reparación por violaciones graves a los derechos humanos, está aún pendiente un pronunciamiento sobre la valoración que la Corte hace de los *mecanismos políticos o administrativos de reparación masiva*, que son a veces la única respuesta posible ante violaciones sistemáticas. Programas de este tipo han sido o están siendo implementados en Argentina, Chile, Guatemala, Brasil, Perú, Paraguay, Ecuador, México, y Colombia. La naturaleza de estos programas ha sido muy variada y no es posible hacer una evaluación de todos ellos en conjunto. La Corte ha hecho mención de algunos de ellos en sus sentencias, pero ha tenido un pronunciamiento claro sólo en el caso del programa brasileño.[334] No obstante, la Corte no puede pronunciarse sobre una política general de reparación, sino sobre la capacidad de éstos de proveer reparaciones para los casos que ella conoce. Aún más, la evaluación que ella pueda hacer sobre dichos programas, al referirse específicamente a un caso, de las decenas de miles que ellos suelen incluir, no puede ser interpretada como una declaración sobre la suficiencia o insuficiencia de éstos, por obedecer a lógicas diferentes.[335] La Corte debiera considerar en su evaluación la diferente naturaleza de estos programas, y especialmente valorar la capacidad que algunos de ellos tengan efectivamente de buscar un equilibrio entre reparación justa y accesibilidad. Ello es de particular relevancia si se considera que la Corte finalmente conoce de sólo una fracción muy reducida de las violaciones que se cometen en el Continente, y que en su análisis debe favorecer mecanismos de protección que permitan el más amplio goce de derechos. Ello no será fácil de hacer para un órgano que no puede extralimitarse en su competencia de disponer la reparación de violaciones específicas. Quizás sea función de los intérpretes, activistas de derechos humanos, víctimas, académicos y políticos comprender los diferentes ámbitos de aplicación de los criterios de reparación cuando se discuten reparaciones en sede judicial junto con políticas masivas de reconocimiento y reparación.

[334] Corte IDH. *Caso Gomes Lund vs. Brasil, supra* 90, párrs. 303 y 309 a 311.

[335] Difícilmente es posible, o incluso conveniente, utilizar el criterio de la restitución al estado anterior de cosas para definir un programa masivo de reparación en el que por el número y condición de las víctimas, es desaconsejable realizar una evaluación individual de los daños. Sobre la insuficiencia del criterio de restitución al estado anterior de cosas ver Correa, Cristián, *supra* 122.

NOTA aclaratoria para el lector:

Para mayor coherencia temática, por un lado, los comentarios a los artículos 61, 62, y 66-69 fueron agrupados, y por otro lado, los artículos 64 y 65, los cuales se encuentran después del comentario al artículo 69.

Artículo 61

1. Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Sección 3 - Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.

2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C No. 80.

Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81.

Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255.

Opiniones consultivas

Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A No. 101, de 22 de julio de 1981.

Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

Artículos y publicaciones académicas

CANÇADO TRINDADE, A.A. *The Operation of the Court, 1979-1996, en Harris, David; Livingstone, Stephen, "The Inter-American System of Human Rights"*. Clarendon Press. Oxford. 1998.

CANÇADO TRINDADE, A.A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* ACNUR. San José. 2003.

CEJIL. *La urgente necesidad de crear un fondo de asistencia jurídica para la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano.* Documento de coyuntura No. 4 (2007).

CEJIL. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.* 2ª. ed. actualizada. Buenos Aires. 2012.

DULITZKY, Ariel. *The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later,* en *Revista Quebec Journal of International Law, "Protecting Human Rights in the Americas: the Inter-American institutions at 60"* (2011),

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales.* 3ª ed. (revisada y puesta al día). San José, 2009.

MEDINA QUIROGA, Cecilia; NASH ROJAS, Claudio. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 2011.

SEPÚLVEDA, Magdalena; BANNING, Theo Van Banning; GUDMUNDSDOTTIR, Gudrún; CHAMOUN, Christine. *Universal and regional human rights protection. Cases and commentaries.* University for Peace. San José. 2004.

VIVANCO, José Miguel; BHANSALI, Lisa L. *Procedural shortcomings, en Harris, David; Livingstone, Stephen, "The Inter-American System of Human Rights"*. Clarendon Press. Oxford. 1998.

Otros documentos

OEA. Asamblea General. Observaciones y recomendaciones al informe anual de la corte interamericana de derechos humanos. Resolución AG/Res. 2759 (XlII-O/12), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2012.

OEA. Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela. Comunicado de prensa C-307/12, de 10 de septiembre de 2012.

CIDH. CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comunicado de prensa 117/12, de 12 de septiembre de 2012.

Índice

I. Función contenciosa

1. Legitimación activa (locus standi in judicio)

A diferencia de la normativa africana[1] y de lo sucedido en Europa con la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH[2] (y con otras reformas que vinieron con posterioridad), la Convención Americana ha mantenido intacta la legitimación para someter casos a la jurisdicción de la Corte, la cual corresponde a la Comisión Interamericana y a los Estados Partes de la Convención, de conformidad con el artículo 61 y, especialmente, el 62 del Pacto de San José.

Esta cláusula no modificada ha recibido diversas críticas que reivindican el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos de poder accionar directamente frente a la Corte (*jus standi*), más allá de ser parte en el proceso contencioso una vez que el caso ha sido sometido al tribunal (*locus standi*).

El debate de esta falencia significó que, en su momento se designara a un juez de la Corte para hacer propuestas concretadas a fin de avanzar en un decisivo y pleno reconocimiento de las víctimas como sujetos de derecho (sustantivo y procesal) con iguales derechos. Esa falta de reconocimiento –aún pendiente en el ámbito interamericano– no sólo genera una falta de debido proceso y equidad procesal,[3] sino que revela una incongruencia estructural en tanto que las víctimas, portadores de derechos sustantivos garantizados por la Convención y otros tratados interamericanos, no cuentan con los derechos procesales para hacerlos exigibles ante la Corte.[4] Evidentemente, lo antes mencionado no desconoce las distintas discusiones y problemáticas que se han generado en Europa con la puesta en práctica las reformas convencionales que dieron a las víctimas el acceso directo a la Corte Europea. No obstante ello, el rezago procesal generado a partir de tal modificación, no puede ser un argumento que redunde en un perjuicio de las víctimas que buscaron justicia en sus respectivos países y que acuden de manera subsidiaria a los órganos de protección interamericanos.

2. Agotamiento del procedimiento ante la Comisión IDH

El primer asunto que la Corte Interamericana conoció luego de su instalación, derivó de un sometimiento *motu proprio* que hizo el Estado costarricense para que el Tribunal determinara si las autoridades nacionales habían generado responsabilidad internacional del Estado en relación con las violaciones de

[1] De acuerdo con el artículo 5.3 del Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ("Acceso a la Corte"), la Corte Africana puede legitimar tanto a ONG "relevantes" con estatus de observadoras como a individuos para instruir casos ante ese órgano.

[2] Como es sabido, a partir de esta importante reforma convencional, desapareció la Comisión Europea de Derechos Humanos y se reorganizó el actuar de la Corte Europea para recibir de manera directa, y conforme los requisitos pre-establecidos, cualquier demanda contra un Estado por la violación a uno o varios derechos contenidos en la Convención Europea o alguno de sus protocolos que protegían más derechos.

[3] *Cfr*, Vivanco, José Miguel; Bhansali, Lisa L. Procedural shortcomings, en Harris, David; Livingstone, Stephen, "The Inter-American System of Human Rights". Clarendon Press. Oxford. 1998, pág. 424, pp. 435 y 436.

[4] Se ha argumentado que "… al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad de vindicarlos, […] por cuanto es de la propia esencia de la protección internacional del contradictorio entre las presuntas víctimas o sus familiares, o sus representantes legales, y los Estados demandados". Y también se ha hecho énfasis en que esa modificación atendería a un "imperativo de justicia" en tanto que "[e]n el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Cfr*., Cançado Trindade, A.A. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Op. cit.,* pp. 20, 93 y 95.

derechos humanos de varias mujeres que se encontraban privadas de libertad. De acuerdo con la Corte,

> En su demanda el Gobierno manifestó a la Corte la decisión de someter a su conocimiento el caso de la muerte en prisión de la ciudadana costarricense Viviana Gallardo, así como el de las lesiones de sus compañeras de celda, causadas por un miembro de la Guardia Civil de Costa Rica, encargado de su vigilancia, en la Primera Comisaría de la Institución; hechos ocurridos el 1 de julio de 1981. En su demanda el Gobierno, invocando el artículo 62.3 de la Convención, solicitó que la Corte decidiera si esos hechos constituían una violación, por parte de las autoridades nacionales de Costa Rica, de los derechos humanos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención, o de cualquier otro derecho contemplado en dicho instrumento internacional.[5]

En tal oportunidad, la Corte Interamericana desechó la solicitud y se pronunció sobre la renuncia expresa de Costa Rica para someterse al procedimiento previo ante la Comisión IDH. Al retomar las funciones que tiene la Comisión IDH en el proceso contencioso, a parte del rol investigativo y conciliatorio de la Comisión, el Tribunal resaltó la siguiente:

> [La Comisión] es, además, y esto constituye un aspecto fundamental de su papel dentro del sistema, *el órgano competente para recibir denuncias individuales*, es decir, *ante el cual pueden concurrir directamente para presentar sus quejas y denuncias*, las víctimas de violaciones de derechos humanos y las otras personas señaladas en el artículo 44 de la Convención. La Convención se distingue entre los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando hace posible la facultad de petición individual contra un Estado Parte tan pronto como éste ratifique la Convención, sin que se requiera para tal efecto declaración especial alguna, la que en cambio sí se exige para el caso de las denuncias entre Estados.
>
> Por lo anterior, la Corte arribó a la conclusión de que
> … la Comisión es el canal a través del cual la Convención otorga al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para que se ponga en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En el orden estrictamente procesal, debe recordarse que, mientras los individuos no pueden proponer casos ante la Corte, los Estados no pueden introducirlos ante la Comisión, sino cuando se han reunido las condiciones del artículo 45 de la Convención. Esta circunstancia agrega otro elemento de interés institucional en conservar íntegra la posibilidad de activar la Comisión a través de denuncias individuales.[6]

De igual manera, la Corte analizó la renuncia expresa que el Estado hizo en relación con el requisito previo de agotamiento de recursos internos establecido en el artículo 46.1 de la Convención Americana y, en base a todo lo anterior, resolvió lo siguiente:

1. *Decide*, unánimemente, no admitir la demanda introducida por el Gobierno de Costa Rica para el examen del caso de Viviana Gallardo y otras.
2. *Decide*, unánimemente, aceptar y tramitar la solicitud subsidiaria del Gobierno de Costa Rica para remitir el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
3. *Decide*, unánimemente, retener la petición del Gobierno de Costa Rica en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión.[7]

A partir de ese asunto, quedó claro que cualquier asunto que deba ser conocido por la Corte en vía contenciosa deberá haber pasado el filtro previo de la Comisión Interamericana.

[5] Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No. 101, de 22 de julio de 1981, párr. 1 in fine.
[6] *Ibidem*, párrs. 22 y 23.
[7] *Ibidem*, puntos resolutivos.

II. Declaración del reconocimiento de la competencia de la Corte IDH

1. Prerrogativa en la aceptación de la competencia contenciosa

Se ha sostenido que la prerrogativa establecida por el artículo 62.1 de la Convención Americana "constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62(1) de la Convención Americana".[8] Hasta diciembre de 2011, de los 35 Estados Miembros de la OEA, 24 habían ratificado la Convención y 21 habían aceptado la competencia contenciosa de la Corte.[9] En varias oportunidades durante la historia de la Corte, algunos Estados han intentado evadir la competencia de la Corte, alegando infructuosamente que habían denunciado la Convención Americana y que, por tanto, la Corte era incompetente para conocer de los casos que les había sometido la Comisión IDH.[10]

2. Competencia

De manera preliminar, y dadas las extensas publicaciones sobre la materia, se considera innecesario repetir todas las valoraciones y reflexiones sobre el tema. No obstante, vale recordar que la Corte tiene el deber de verificar oficiosamente, con independencia de que haya algún alegato al respecto. En tal sentido, la jurisprudencia pacífica de la Corte ha retomado la regla de la "competencia de la competencia" (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz)*"[11] para verificar oficiosamente su competencia para conocer de un caso que le haya sido sometido los siguientes supuestos:

> a) en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, b) en razón de la materia objeto de la controversia, y c) en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la Comisión. Pero es importante subrayar que la Corte es competente para pronunciarse sobre su propia competencia, ésta es una facultad inherente de todo tribunal internacional, la cual se encuentra firmemente establecida en el Derecho Internacional.[12]

Una vez mencionado lo anterior, vale recordar que la Corte ha aplicado esta regla de manera constante, lo cual puede verificarse de manera particular en los casos que podrían conllevar problemas en la competencia temporal de la Corte, la cual "está delimitada por el momento en que el Estado haya aceptado dicha competencia, ya sea mediante una declaración especial o mediante un convenio especial,

---

8 Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 8.

9 Para más información, ver: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp. Asimismo, se hace notar que no se incluye a Trinidad y Tobago, el cual presentó ante la Secretaría General de la OEA el depósito de denuncia de la Convención el 28 de mayo de 1999,así como Venezuela quien presentó su denuncia el 10 de septiembre de 2012. Entre otros pronunciamientos, ver, OEA. Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela. Comunicado de prensa C-307/12, de 10 de septiembre de 2012; y CIDH. CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comunicado de prensa 117/12, de 12 de septiembre de 2012. Ambos documentos se encuentran disponibles en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12 y http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp, respectivamente.

10 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54; Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55; Corte IDH. *Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C No. 80; Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago.* Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81; y Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago.* Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.

11 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 21.

12 Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed. *Op. cit.*, pp. 601 in fine y 602.

y mientras la misma permanezca en vigor".[13] La competencia *ratione temporis* es, probablemente, la que más atención ha tenido por parte del tribunal en tanto que muchos de los casos relacionados con las violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras o conflictos armados hace varias décadas no han sido resueltos al interior de los países y, por tanto, los casos son conocidos por los órganos de protección del Sistema Interamericano.[14]

En segundo lugar, la Corte analiza su competencia personal, esto es, "atendiendo a la naturaleza de las personas que pueden intervenir en el procedimiento ante la Corte, ésta debe examinar tanto la capacidad del demandado como la del demandante para comparecer ante la Corte en su calidad de tales".[15] Ello implica hacer un análisis tanto del Estado demandado como del actor, incluyendo "la posición de individuo ante la Corte".[16]

En tercer término, la competencia territorial se vincula con la jurisdicción del Estado. Hasta el momento, la Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones de competencia territorial, pero en distintos casos relacionados con personas extranjeras en territorio del Estado demandado,[17] la Corte ha resuelto que, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

Finalmente, en relación con la competencia *ratione materiae* "constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar", lo cual *no impide a la Corte a analizar otras normas e instrumentos que pueden servir a la Corte para dar mayor contenido a un derecho protegido por la Convención u otro tratado interamericano.*[18]

La Corte ha tenido la posibilidad para reafirmar su competencia en razón de la materia. Uno de los más importantes precedentes fue el relacionado con la excepción preliminar presentada por México en el caso de la falta de investigación diligente por el asesinato de varias niñas y mujeres cuyos cuerpos fueron encontrados en un lugar conocido como "campo algodonero", en Ciudad Juárez (Chihuahua). Al interponer la excepción preliminar correspondiente, México pretendió impedir que la Corte determinara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones a diversas disposiciones del tratado. El argumento estatal se basó en la lectura textual del artículo 12 de la Convención de Belém do Pará,[19] alegando que tal disposición no facultaba expresamente a la Corte para conocer de violaciones al tratado (a diferencia de lo que ocurre con la Comisión). De acuerdo con el Estado, esa falta de permisión expresa tenía que derivar en la falta de competencia *ratione materia* de la Corte.

---

[13] Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales. Op. cit.*, pp. 601 in fine y 602.

[14] Cabe recordar que la Corte ha conocido de desapariciones forzadas, impunidad relacionada con torturas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y otras consecuencias derivadas en países como Guatemala, Bolivia, El Salvador, Panamá, Colombia, Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay.

[15] Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed. (revisada y puesta al día). *Op. cit.*, pág. 605.

[16] *Ibidem*, pág 616.

[17] Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

[18] *Cfr*, Cançado Trindade, A.A. The Operation of the Court, 1979-1996, en Harris, David; Livingstone, Stephen, "The Inter-American System of Human Rights". Clarendon Press. Oxford. 1998, pp. 135 in fine y 136.

[19] El artículo 12 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de "Belém do Pará") dispone que "[c]on el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer".

Después de un concienzudo análisis "sobre la base de un argumento de interpretación literal, sistemática y teleológica acerca del artículo 7 de la Convención Belém do Pará, lo cual completó con el criterio de interpretación basado en los trabajos preparatorios de dicho instrumento",[20] el tribunal estableció que en la formulación prevista por el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará,

> … no se excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Bélem do Pará "de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la Convención Americana]", como lo dispone el artículo 41 de la misma Convención. El artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de "comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención".
>
> 41. En suma, parece claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará concede competencia a la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales.[21]

Por otra parte, y respecto de la CIPST, la Corte ya se había pronunciado en el caso *Villagrán Morales*,[22] enfatizando su competencia aun cuando tal tratado internacional no reiteraba taxativamente la facultad del tribunal para conocer del mismo.

III. Procedimiento[23]

El objetivo de la función contenciosa del Tribunal interamericano ha sido explicado por ese mismo órgano de la siguiente manera:

> […] cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción para que se determine si el Estado es responsable por violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana u otros instrumentos aplicables, su función jurisdiccional se centra en analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables; determinar si las personas que han solicitado la intervención de las instancias del Sistema Interamericano son víctimas de las violaciones alegadas; establecer la responsabilidad internacional, en su caso; determinar si el Estado debe adoptar medidas de reparación; y, supervisar el cumplimiento de sus decisiones […][24]

[20] Medina Quiroga, Cecilia; Nash Rojas, Claudio. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 2011, Pág 48. Tal publicación se encuentra disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf

[21] Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 40 y 41.

[22] *Cfr*. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

[23] El presente apartado no pretende hacer un análisis extensivo sobre el procedimiento contencioso, sino más bien una narración del mismo, de acuerdo con el reglamento vigente de la Corte (2009). Existen múltiples publicaciones que analizan en detalle el procedimiento contencioso, algunas de las cuales han sido citadas en este artículo.

[24] Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09, *op. cit.,* párr. 57.

La función contenciosa de la Corte se activa a partir de que la Comisión IDH presenta el "escrito de sometimiento del caso"[25] y tiene dos etapas: una escrita y otra oral.[26] El procedimiento se encuentran definido en su reglamento vigente,[27] pero se puede simplificar de la siguiente manera: una vez que la Comisión IDH presenta su "informe artículo 50"[28] y los anexos al mismo, la Secretaría de la Corte revisa toda la documentación antes de transmitirla a las otras partes en el proceso.[29]

Después de todo lo anterior, la Secretaría notificará a los integrantes de la Corte; al Estado demandado; a la Comisión IDH (si no es quien ha presentado el caso); y a la representación de la víctima o el defensor interamericano (en caso de carecer de la misma[30]). Para ese trámite, la Corte cada vez usa de manera más constante los medios electrónicos,[31] en lugar del correo postal o *courrier*.

Una vez recibida toda la documentación relativa al caso, la representación de las víctimas contará con un plazo improrrogable de dos meses de para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.[32] Es a partir de entonces que se formaliza el *locus standi in judicio de las (hasta entonces) presuntas víctimas.*[33]

---

[25] Las últimas reformas reglamentarias han disminuido el rol de la Comisión Interamericana. En la actualidad, la Comisión IDH no presenta demandas de los casos, sino que envía una nota de sometimiento en la que adjunta el "informe artículo 50", así como copia de su expediente, las pruebas que recibió, información relacionada con la representación y las notificaciones, entre otros requisitos. Asimismo, sólo podrá presentar peritos "cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos", término al cual hace falta darle el mayor contenido posible. (*Cfr*. artículo 35 del reglamento vigente de la Corte, relativo al "sometimiento del caso por parte de la Comisión").

[26] La deliberación también puede considerarse como una tercera etapa dentro del proceso contencioso. *Cfr*. CEJIL. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, *op. cit.,* pág. 97.

[27] Ver capítulos II al VII del reglamento vigente.

[28] Informe de fondo emitido de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[29] El artículo 38 del reglamento actual ("examen preliminar del sometimiento del caso") establece que "[s]i en el examen preliminar del sometimiento del caso la Presidencia observare que algún requisito fundamental no ha sido cumplido, solicitará que se subsane dentro de un plazo de 20 días".

[30] *Cfr.* artículo 39 del reglamento vigente (notificación del caso). Adicionalmente a ese documento, la Comisión IDH tiene que remitir una serie de información y documentales que se encuentran explicitadas en el artículo 35 del reglamento de la Corte.

[31] El artículo 33 del reglamento en vigor de la Corte la faculta para "transmitir por medios electrónicos, con las garantías adecuadas de seguridad, los escritos, anexos, resoluciones, sentencias, opiniones consultivas y demás comunicaciones que le hayan sido presentadas".

[32] *Cfr*. artículo 40 del reglamento actual (escrito de solicitudes, argumentos y pruebas). El *párrafo* segundo enuncia los requisitos de tal documento.

[33] *Cfr.* artículo 25 del reglamento de la Corte (participación de las presuntas víctimas o sus representantes). El concepto de "presunta víctima" fue incorporado a partir del cuarto reglamento del tribunal (2000). No obstante, el reglamento de 1996 contenía el término de "víctima" (ambas disposiciones –así como los posteriores reglamentos- tienen una definición idéntica: "la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención"). El reglamento actual de la Corte (2009) incluye ambos conceptos, víctima y presunta víctima, dando el título a la primera cuando sus "derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte". (*Cfr*. artículo 2, "definiciones"). En la actualidad, esa distinción se puede ver en el texto de las sentencias, en donde la primera parte hace referencia a las "presuntas víctimas", y sólo existe un cambio a partir de que la Corte analiza las violaciones a derechos humanos alegadas en un caso. La razón por la cual el tribunal ha incluido la presunción tiene que ver con una apariencia de imparcialidad y de abstención al emitir un pronunciamiento a priori de responsabilidad internacional en tanto el tribunal supone que una víctima sólo podría serlo a partir del reconocimiento expreso de la violación de derechos humanos. No obstante, a manera de reflexión, es importante valorar la pertinencia de emplear otro término. Desde la perspectiva de quienes hemos tenido la responsabilidad y el privilegio de representar a diversas personas y colectivos frente a la Corte, entendemos que ellas han tenido una vulneración a sus derechos, pero ese reconocimiento no puede ser encasillado al reconocimiento de la Corte, lo cual indudablemente es importante pero no único. Muchas de esas personas esperan décadas para tener una sentencia del tribunal (que, como ha sido reconocido de manera constante y pacífica, es una forma de reparación per se); pero piénsese en el caso en que la Corte no las considere como víctimas en su sentencia (ya sea por cuestiones de competencia, porque las personas no hayan sido incluidas en el "informe artículo 50", por valorar que no se encuentra establecida la responsabilidad internacional del Estado demandado, o por otras razones). A lo anterior se suman otras críticas al término mismo. Por ejemplo, desde la perspectiva psicosocial, ha habido una serie de críticas al término "víctima", en tanto que muchas de ellas son sobrevivientes de violaciones de derechos humanos que han tenido la enorme fortaleza de seguir

Por su parte, el Estado contará con un plazo improrrogable de dos meses para contestar tanto al de la Comisión como al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (art. 41 del reglamento). La contestación del Estado constituye la única oportunidad procesal para presentar excepciones preliminares[34] (art. 42 del reglamento), práctica muy usada en el trámite contencioso interamericano. A su vez, tanto la Comisión IDH como las víctimas tienen la posibilidad de referirse por escrito a las excepciones y defensas del Estado, para lo cual contarán con 30 días.

Luego de ello, la Corte solicitará a las partes la lista definitiva de declarantes y la confirmación de quiénes podrán rendir testimonio por declaración jurada; asimismo, solicitará aclaración sobre quiénes deberán hacerlo en audiencia, o del desistimiento de la evacuación de alguna prueba. Una vez recibida esta información y trasladada a las partes, éstas podrán presentar las objeciones a testigos o recusaciones de peritos; pero, en definitiva, es la resolución del Presidente de la Corte la que determina quiénes comparecerán en audiencia pública.[35] Tal instrumento (junto con la comunicación de la Secretaría de la Corte que transmite la resolución) también contendrá los plazos para que las partes presenten la prueba escrita y fijará las reglas para la audiencia, previendo la fecha y hora de la misma, así como los tiempos previstos dentro de la misma (entre otros, para la emisión de los peritajes orales y los testimonios y para la entrega de los alegatos escritos).[36]

Posteriormente, y en caso de que no existan más actos dentro del procedimiento escrito, la Corte convocará a una audiencia pública, en la cual escuchará de manera excepcional a peritos y testigos de las partes (en tanto la mayor cantidad de la prueba fue previamente producida de manera escrita a través de affidávits o declaraciones juradas). Si bien la audiencia es pública, las deliberaciones son privadas.[37] Luego dos semanas contadas a partir de la celebración de la audiencia, vencerá el plazo para la presentación de *amici curiae*.[38]

Después de la audiencia pública, de acuerdo con el artículo 56 del reglamento, las partes contarán con un plazo para la presentación de los alegatos finales escritos (el cual generalmente es de 30 días) y, en caso de que corresponda, presentarán la prueba para mejor resolver que haya solicitado la Corte durante la audiencia o en una comunicación posterior a la misma. También, es importante recordar que el reglamento de la Corte la faculta para realizar oficiosamente una serie de diligencias probatorias (art 58), el cual podría usarse de manera más frecuente, especialmente cuando se trata de establecer si se configura una violación de derechos humanos protegidos por la Convención Americana u otro instrumento interamericano.

con sus vidas, reivindicando sus derechos o los de otras personas. En este tipo de situaciones, "la forma es fondo", y las personas que demandan el abuso de poder de un Estado necesitan un reconocimiento digno, el cual no sólo se debe prestar durante la audiencia pública u otra etapa concreta, sino en el término mismo con que se les designa dentro del proceso. Puede ser, entonces, que una posibilidad sea llamarles "demandantes", diferenciándoles de sus asesores legales que serán los "representantes".

[34] De manera general, se podría decir que desde los primeros casos contenciosos, los Estados han presentado una serie de excepciones preliminares, de las cuales las más asiduas son aquellas que buscan limitar o impedir la competencia de la Corte, así como la falta de agotamiento de recursos internos y la cuarta instancia.

[35] Cabe mencionar que en el trámite diario juegan un rol importante las resoluciones del Presidente y de la Corte, así como las comunicaciones de la Secretaría de la Corte, las cuales establecen distintos criterios de procedimiento y práctica que son fundamentales en el litigio interamericano.

[36] *Cfr*. artículos 45 a 52 del reglamento vigente.

[37] *Cfr*. artículos 15 y 16 del reglamento vigente de la Corte IDH (modificado en 2009).

[38] El tercer párrafo del artículo 44 del reglamento actual establece lo siguiente:
Artículo 44. Planteamentos de amicus curiae.
[…]
3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de amicus curiae en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del amicus curiae, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia".

Posteriormente, y en el supuesto que el caso no se finalice por alguna de las causales previstas por su reglamento,[39] la Corte deliberará en sus posteriores periodos de sesiones y luego emitirá una sentencia, cuyo contenido está previsto por el artículo 65 de su reglamento vigente. Al respecto, vale recordar que la Convención Americana y el reglamento de la Corte[40] prevén que la posibilidad de que los jueces acompañen al fallo sus votos (ya sea concurrentes o disidentes), práctica ésta que ha sido muy usada por distintas generaciones de jueces, tanto en la función contenciosa como consultiva.[41]

Finalmente vale resaltar la definitividad de las sentencias de la Corte, en concordancia con el artículo 67 de la Convención Americana, el cual prevé la posibilidad de que se presenten solicitudes de interpretación de sentencia, cuyo procedimiento se encuentra normado por el artículo 68 del reglamento actual de la Corte. En ese sentido, desde los inicios de la función contenciosa de la Corte, se usó esta figura para distintas aclaraciones de fallos, lo que fue valorado por el tribunal al entender que ello "contribuye a la transparencia de los actos de este Tribunal, esclarecer, cuando estime procedente, el contenido y alcance de sus sentencias y disipar cualquier duda sobre las mismas, sin que puedan ser opuestas a tal propósito consideraciones de mera forma".[42]

Cabe mencionar que, aún cuando el citado artículo 67 de la Convención Americana expresamente prohíbe la apelación de las sentencias, la mayoría de las solicitudes de interpretación presentadas por Estados, son "apelaciones encubiertas", por lo que la Corte las ha desestimado por ser improcedentes.[43] Esa actitud estatal muchas veces refleja un desacuerdo al fallo del tribunal (incumpliendo lo establecido por el artículo 68 de la Convención y dificultando el cumplimiento interno del fallo), sino que también generan mayor sufrimiento e indignación en las víctimas, quienes tienen que volver a pasar por una fase similar al descrédito estatal por los hechos violatorios que sufrieron en sus países.[44]

---

[39] Tal normativa prevé la posibilidad de que la parte demandante se desista del caso (art. 61), que exista un reconocimiento de responsabilidad del Estado demandado (art. 62) o que se logre una solución amistosa (art. 63), la cual será homologada por la Corte en caso de que no se vulneren derechos (artículo 64: prosecución del examen del caso).

[40] *Cfr*. artículos 66.2 de la CADH y 65.2 del reglamento actual de la Corte.

[41] Desde los primeros casos contenciosos, los jueces han ejercido ese derecho. Por ejemplo, en uno de los casos hondureños, el juez Rodolfo Piza Escalante se opuso no al contenido de la sentencia de fondo, sino a la redacción del resolutivo 6 que facultaba a la Corte a fijar las indemnizaciones, pero dejaba a salvo la posibilidad de que únicamente al Estado hondureño y a la Comisión Interamericana se opusieran al acuerdo. En tal sentido, el juez costarricense pugnó a favor del reconocimiento de "la víctima o sus causahabientes, titulares de los derechos reclamados y acreedores de las prestaciones que en la sentencia se declaren, en consonancia con el texto del artículo 63.1 de la Convención […]". *Cfr*. Corte IDH. Voto disidente del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 3. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

[42] Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuel*a. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46, Considerando 1.

[43] La jurisprudencia interamericana ha sido constante en el sentido de que:

… una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutiva […]. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación […].

Cfr. inter alia, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 15; Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143, párr. 15; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Demanda de Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156, párr. 14; Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 27.

[44] Por citar algunos ejemplos, en su momento, Perú cuestionó las valoraciones de hecho y de derecho que hizo la Corte en el caso de María Elena Loayza; El Salvador manifestó desacuerdo con las indemnizaciones otorgadas por la Corte a los familiares de dos niñas desaparecidas en un operativo masivo de fuerzas armadas durante el conflicto armado; República Dominicana atacó cuestiones familiares y personales de dos niñas que por su ascendencia haitiana fueron dejadas apátridas; y México hizo lo propio cuando cuestionó la valoración que hizo el tribunal sobre la violación sexual que habían sufrido Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47; Corte IDH. *Caso*

Es indudable que una verdadera solicitud de interpretación de sentencia sigue siendo una importante forma de garantizar que el fallo sea claro, lo cual (dependiendo del tema del que se trate) sirve a diferentes fines, pero principalmente a las partes en el proceso y principalmente al Estado condenado, a fin de que pueda cumplir adecuadamente con lo estipulado en la sentencia emitida.

En relación con este tema (cumplimiento), es importante señalar que, si bien en los siguientes apartados se hará referencia al mecanismo de supervisión de sentencias empleado por la Corte, existen en el continente importantes carencias en términos de mecanismos o leyes nacionales que faciliten este tema nodal, particularmente en Estados federales (como México) o en casos donde están involucrados varios poderes públicos o entidades federativas.

En el caso mexicano, se ha avanzado particularmente en lo que tiene que ver con indemnizaciones, publicaciones de las sentencias, actos de reconocimiento de responsabilidad y la definición de las responsabilidades del Poder Judicial en el cumplimiento de resoluciones, (esto último a través de las discusión de la consulta a trámite 489/2010, que dio lugar al expediente varios 912/2010, ambos derivados del *Caso Radilla Pacheco*), así como en las discusiones relativas a la restricción del fuero militar en la investigación de delitos relacionados con violaciones de derechos humanos cometidas por elementos del Ejército o la Marina (cuyos precedentes han sido muy importantes pero aún se mantiene pendiente la posibilidad de que ello genere jurisprudencia vinculante para el Poder Judicial). También se ha modificado la legislación de amparo para permitir que dicho juicio sea procedente para cuestionar las declinaciones de competencia del fuero civil al militar (y con ello evitar que ocurra en casos de violaciones a derechos humanos) y se ha suscitado una cantidad importante de debates, a la vez que se han presentado varias iniciativas para reformar el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar.

Si bien todos esos avances son importantes, cabe mencionar que no han sido fáciles, haciéndose fundamental no sólo la voluntad política en el cumplimiento adecuado sino la insistencia de las víctimas de violaciones de derechos humanos, sus representantes y otros actores interesados en supervisar o coadyuvar en las acciones relativas a la implementación de los fallos. De igual manera, cabe mencionar que existen otros importantes rezagos en el cumplimiento, como lo son los avances en las investigaciones penales para identificar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas, así como avanzar los procedimientos administrativos para sancionar a los funcionarios que hayan cometido o facilitad las violaciones de derechos humanos. También está pendiente una evaluación a las capacitaciones ordenadas por la Corte (que al menos en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* ya se dio por cumplimentada)así como la elaboración de protocolos adecuados de investigación, entre otros temas.

1. Algunos cambios a partir de la reforma de 2009

Si bien es cierto que las víctimas tienen la posibilidad de participar en el proceso, es importante señalar que el caso tendrá como base los hechos proporcionados por la Comisión Interamericana,[45] por lo que las primeras están impedidas de ir más allá de la base fáctica de la Comisión (dentro de la cual se encuentra el establecimiento de las víctimas del caso), lo cual no excluye la posibilidad de "exponer aquellos [hechos] que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o

de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Interpretación Sentencia. *Op Cit.;* Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Interpretación de la Sentencia. *Op Cit.;* Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Interpretación de la Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Interpretación de la Sentencia de Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.

[45] El párrafo primero del artículo 35 del reglamento vigente de la Corte ("sometimiento del caso por parte de la Comisión") establece que "[e]l caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas. […]"

bien, responder a las pretensiones del demandante".[46] Esta situación puede impedir el conocimiento de la totalidad de los hechos violatorios, si se toma en cuenta que existe la posibilidad de que la Comisión no retome todos los hechos alegados por las partes en el proceso seguido ante ella.

Por otra parte, el reglamento prevé la posibilidad de la designación de un interviniente común cuando haya pluralidad de víctimas[47] y también incluye como tema novedoso la figura del defensor interamericano,[48] el cual ya ha empezado a tener participación en diversos procesos ante la Corte.[49]

2. El nuevo fondo de asistencia legal para las víctimas

Después de varios años de discutir la importancia de dar mayor igualdad procesal a las víctimas en relación con la carga monetaria que implica la producción de prueba en el proceso ante la Comisión y luego ante la Corte Interamericana,[50] ambos órganos avanzaron en esa dirección. La Corte se niveló con sus homólogos regionales[51] al adoptar el reglamento del fondo de asistencia legal para las víctimas a principios de 2010,[52] poniendo en marcha el fondo ese mismo año (el cual principalmente ha servido para posibilitar el viaje de los declarantes a las audiencias públicas a que haya convocado la Corte Interamericana). En los casos en los que se emplee el fondo, si la Corte IDH declara al Estado responsable de violaciones de derechos humanos, determinará en la sentencia correspondiente el reembolso del mismo para su uso en futuros casos (art. 5 del reglamento correspondiente).

Tal normativa también establece que la solicitud de acceso al fondo debe hacerse en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, en el cual deberá demostrarse que se "carece de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte Interamericana e indicar con precisión qué aspectos de su defensa en el proceso requieren el uso de recursos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas".[53] Ese requerimiento causó confusión en las primeras solicitudes en tanto que la Corte entendió que no sólo la(s) víctima(s) sino que también sus representantes deberían hacer la misma demostración. Empero, luego de esas solicitudes iniciales –y de las argumentaciones de los representantes de las víctimas– la Corte resolvió no entrar a analizar ese punto.

[46] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153.

[47] *Cfr*. artículo 25, párrafos 2 y 3, del reglamento vigente de la Corte.

[48] "Artículo 37. Defensor interamericano. En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso". Algunas reflexiones en relación con esta figura pueden consultarse en Dulitzky, Ariel. The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later, en Revista Quebec Journal of International Law, "Protecting Human Rights in the Americas: the Inter-American institutions at 60" (2011), pp. 153 y 154. Disponible en: http://www.sqdi.org/fr/revue-collection-vhsn2011.html

[49] En el caso Mohamed, dado que el representante de la víctima había fallecido, se solicitó a la Corte el nombramiento de un defensor interamericano para que lo representara, para lo cual la Secretaría de la Corte se puso en contacto con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Aunado a ese caso, se encuentran en trámite otros casos que están usando tal figura. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255.

[50] Entre otros, ver CEJIL. La urgente necesidad de crear un fondo de asistencia jurídica para la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Documento de coyuntura No. 4 (2007). Disponible en: http://cejil.org/publicaciones/documento-4-sp

[51] El capítulo XI del reglamento de la Corte Europea establece el procedimiento para hacer uso de la asistencia legal gratuita, mientras que el artículo 10.2 del Protocolo Adicional a Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos señala que "cualquier parte en el caso tiene derecho a ser representado por un representante legal de su elección. La representación legal gratuita puede ser proveída cuando el interés de la justicia así lo requiera". (traducción libre)

[52] Para más información, consultar: Corte IDH. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del fondo de asistencia legal de víctimas. El fondo entró en vigor el 1º de junio de 2010, de acuerdo con el artículo 8 del reglamento. Tal normativa se encuentra disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf

[53] *Cfr*. artículo 2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del fondo de asistencia legal de víctimas.

3. Los idiomas de trabajo de la Corte IDH

Un tema que también es importante dentro del proceso ante la Corte (al igual que lo que sucede con la Comisión) es la forma en la que se debe resolver en la práctica la diversidad que se pide en la integración del tribunal. Si bien la formación en sistemas jurídicos distintos ha sido un tema a considerar, lo cierto es que el idioma es una de las principales problemáticas que pueden dificultar, en la práctica, el trabajo de la Corte. Dado que la composición de la Corte ha implicado que existan al mismo tiempo jueces cuyas lenguas maternas son el español, inglés y portugués, es una preocupación el contar con mejores posibilidades de traducción, lo cual ha significado una carga financiera para ambos órganos de protección.[54] Ello no sólo se refiere a las traducciones simultáneas, sino al trabajo de la Secretaría con el fin de poder tener información accesible para todas las personas que integran el tribunal y a la traducción de resoluciones o sentencias. Al respecto, el reglamento señala que la Corte determinará anualmente los idiomas de trabajo, pero prevé que "para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el del Estado demandado o, en su caso, del Estado demandante, siempre que sea oficial" (art. 22.2 del reglamento vigente). Al iniciarse un caso, la Corte también determinará los idiomas de trabajo (art. 22.3).

Particularmente relevante es lo relacionado con quienes se encuentran involucrados en el caso como víctimas, declarantes o peritos. Con independencia de la definición de los cuatro idiomas oficiales, existen países cuyo idioma no se encuadra en ninguno de ellos.[55] En respuesta a esa circunstancia, el reglamento faculta a la Corte para "autorizar a cualquier persona [para] que comparezca ante ella a expresarse en su propia lengua, si no conoce suficientemente los idiomas de trabajo, pero en tal supuesto adoptará las medidas necesarias para asegurar la presencia de un intérprete que traduzca esa declaración a los idiomas de trabajo".[56]

---

[54] Por tal razón, y a insistencia de la Corte, la Asamblea General de la OEA ha resuelto "insistir en la disposición de que la Secretaría General de la Organización asuma, a partir del ejercicio presupuestal 2013, los costos de traducción a todos los idiomas oficiales que originen las sentencias y resoluciones que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos para así garantizar el pleno acceso de todos los habitantes del hemisferio a éstas". *Cfr*. OEA, Asamblea General. Observaciones y recomendaciones al informe anual de la corte interamericana de derechos humanos. Resolución AG/Res. 2759 (xlII-o/12), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2012, punto resolutivo 4.

[55] Por ejemplo, Surinam u otros países caribeños hablan holandés o una derivación del mismo (o del inglés), mientras que Paraguay acepta como idioma tanto el español como el guaraní. Tampoco se puede olvidar a las personas cuya discapacidad requiere el uso de lenguaje de señas (con variaciones por países o regiones) y, por supuesto, a los millones de personas afrodescendientes o indígenas que tienen una riqueza en lenguas y variaciones de las mismas.

[56] Cfr., artículo 22.4 del reglamento de la Corte. La parte final de la misma establece que "dicho intérprete deberá prestar juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de los deberes del cargo y reserva acerca de los hechos que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones".

NOTA aclaratoria para el lector:

Para mayor coherencia temática, los comentarios a los artículos 61, 62, y 66-69 se agruparon, y se encuentran después del comentario al artículo 63.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones consultivas

Corte IDH. “*Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

Corte IDH. *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12.

Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.

Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y vostas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8.

Otras resoluciones

Corte IDH. Supervisión de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de junio de 2005.

Artículos y publicaciones académicas

BOURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary.* Oxford, 2011.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed. (revisada y puesta al día). San José, 2009.

PACHECO GÓMEZ, Máximo. *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999, Tomo I.

Otros documentos

Corte IDH. Comunicado de prensa CIDH_CP-16/11, de 21 de noviembre de 2011.

Corte IDH. Comunicado de prensa CorteIDH_CP-01/12, de 20 de febrero de 2012.

Índice

I. Función consultiva (artículo 64)

A principios de los años ochenta, la Corte Interamericana se unió al grupo de los tribunales internacionales que tenían el mandato de brindar protección en materia de derechos humanos.[1] El tribunal empezó sus labores a través de su función consultiva, al emitir una opinión al año (en promedio), ritmo que se mantuvo hasta a la Opinión 14.[2] Esta cantidad dista mucho de las opiniones emitidas dentro del sistema europeo,[3] convirtiendo a la Corte Interamericana "en el único cuerpo en el ámbito internacional en implementar efectivamente su jurisdicción consultiva".[4]

El hecho de que haya iniciado de esta manera (a través de consultas formuladas tanto por la Comisión Interamericana como por distintos Estados americanos), le dio oportunidad a la Corte no sólo para iniciar su funcionamiento de una manera más sencilla (al no tener que resolver casos inmediatamente), pero también la impregnó de una importante legitimidad precisamente por los actores que activaron su jurisdicción al consultarla de temas variados (lo cual ha sido posteriormente puesto en duda en el marco de su función contenciosa).

1. La amplitud de la función consultiva

El texto de la Convención no sólo es uno de los más amplios dentro de los tratados de derechos humanos, sino que ello se ha usado de manera importante dentro del Sistema Interamericano. Hoy en día existen 20 opiniones consultivas emitidas, y al momento de escribir este artículo, se encontraba una más en trámite.[5]

De acuerdo con la Corte Interamericana,

> El artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones

[1] Desde 1982 hasta 1994, sólo hubo dos años en los que no la Corte Interamericana no emitió alguna opinión consultiva (1988 y 1992). De ahí en más, fue regular al emitir una opinión anualmente y en 3 ocasiones publicó dos por año (1982, 1986, 1987).

[2] Bourgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary. Oxford, 2011, pág. 85.

[3] De acuerdo con Bourgorgue-Larsen, la Corte Europea (establecida en 1952) sólo ha emitido 2 opiniones consultas, de acuerdo con el artículo 47 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La primera de las opiniones versó sobre la coexistencia de sistemas de protección en Europa que podrían tener las mismas facultades que las establecidas por el artículo 35.2 del Convenio Europeo (la cual, de acuerdo con el autor, no calificaría propiamente como una opinión consultiva ya que la Corte nunca dio un fallo y trasladó la opinión a su función contenciosa); y la segunda opinión se relacionaba con la competencia material de la función consultiva del tribunal Europeo. Bourgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary. Oxford, 2011, pág. 86.

[4] *Ibidem*, pág. 87 (traducción libre).

[5] De acuerdo con la página de la Corte Interamericana, "[e]l pasado 7 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva a fin de que el Tribunal 'determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura'". El texto completo de la solicitud, se encuentra disponible en: http://www.corteidh.or.cr/soloc.cfm

> acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.[6]

Más tarde, la Corte enfatizó en el objetivo que perseguía la jurisdicción consultiva de la Corte, y los aportes que podría brindar para que los Estados hagan efectiva la Convención Americana en sus jurisdicciones:

> 43. La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana […]. Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta.[7]

En definitiva, aunque existen otros tratados con una amplitud interesante en relación con los temas que pueden ser consultados,[8] el texto del artículo 64 de la Convención Americana sigue siendo uno de los más extensos que existen.

2. Legitimación para solicitar la consulta

Durante los años que siguieron a la instalación de la Corte, la sola función del tribunal se centró en fijar criterios sobre diversos temas, a partir de las distintas opiniones consultivas que le fueron sometidas.[9]

---

6 Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 14.

7 Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43.

8 Por ejemplo, el artículo 4 del Protocolo Adicional a Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos da mayor amplitud en la legitimación para solicitar la consulta, la cual puede ser realizada en relación con la Carta Africana u "otros instrumentos de derechos humanos relevantes". No obstante, tal disposición no faculta a la Corte para hacer un análisis de legislaciones internas o proyectos (o anteproyectos) normativos.

9 Los primeros casos contenciosos que fueron sometidos a la Corte por parte de la CIDH fueron "los casos hondureños", cuyas demandas fueron presentadas por la Comisión Interamericana de manera simultánea el 24 de abril de 1986. Ver, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1; Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2; y Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras.* Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3.

Al respecto, en múltiples ocasiones los Estados americanos han solicitado opinión de la Corte, entre los que se encuentran Costa Rica (4 veces),[10] Uruguay,[11] México[12] y Colombia,[13] Perú,[14] Chile,[15] Venezuela[16] y Argentina.[17] Aunado a ello, algunos bloques han acudido a la Corte en busca de criterios para hacer frente a problemáticas extendidas en varios países.[18] Adicionalmente a los Estados, la Comisión IDH también ha solicitado opiniones consultivas a la Corte.[19]

3. Tipos de consulta y procedimiento

Dentro de sus 20 opiniones consultivas,[20] la Corte se ha pronunciado sobre distintos temas, que han abarcado pronunciamientos sobre sus "actividades judiciales", así como la clarificación sobre el alcance de diversos derechos como el derecho a la vida, el habeas corpus, el derecho a la nacionalidad y los derechos del niño".[21]

Se ha sugerido que las distintas opiniones buscan objetivos diversos, como lo son la función preventiva (antes de ser juzgados por el incumplimiento de la Convención Americana), la verificación del funcionamiento de los órganos del Sistema Interamericano o sus instituciones y, asimismo, los

[10] Las opiniones son las siguientes: Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4; Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7; y Corte IDH. *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12.

[11] *Cfr. Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6; y Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

[12] Ver, Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

[13] Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

[14] Corte IDH. "*Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

[15] Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.

[16] Corte IDH. *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

[17] Corte IDH. A*rtículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

[18] Actualmente, se encuentra pendiente de que la Corte Interamericana emita una opinión consultiva solicitada por los países del Mercosur, a fin de que el tribunal "determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura". Solicitud de opinión consultiva presentada el 7 de julio de 2011 por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. El texto completo puede consultarse en: http://www.corteidh.or.cr/soloc.cfm

[19] Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

[20] La Corte ha rechazado dos solicitudes de consulta presentadas por la Comisión Interamericana: una, relacionada con la ampliación de las responsabilidades de los Estados en relación con la pena de muerte, y la otra, sobre las obligaciones de los Estados respecto del castigo corporal de niños y niñas.

[21] Bourgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *Op. cit.,* pág. 90 (traducción libre).

Estados también han usado la jurisdicción consultiva para levantar cuestiones legales que tienen una trascendencia política importante.[22]

Desde la primera opinión consultiva que la Corte IDH emitió, estableció una serie de criterios que servirían para guiar su actuar en relación con la facultad consultiva. Así, estableció lo siguiente:

> 31. De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva.[23]

La Corte ha precisado "la diferencia de procedimiento entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1 (interpretación de la Convención o de otros tratados) y las que lo son según el artículo 64.2 de la Convención (compatibilidad de las leyes internas), destacando el sistema de notificaciones del primero como el aspecto diferenciador más relevante, pues en el segundo procedimiento, la consulta puede evacuarse sin contar con puntos de vista externos a los del Estados solicitante […]".[24] Asimismo, el reglamento vigente de la Corte ha plasmado la diferenciación de los distintos tipos de solicitudes de opinión por parte de la Corte.[25] De igual manera, dado que en la práctica se han emitido opiniones consultivas de amplia variedad, el reglamento también prevé los requisitos en las preguntas relacionadas con la interpretación de la Convención Americana, de la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o de las leyes internas (artículos 70 y 71 del reglamento, respectivamente). Asimismo, el artículo 73 establece el procedimiento correspondiente;[26] y el artículo 75 incluye los requisitos que debe contener la opinión correspondiente.

Tal disposición prevé que deben incluirse los nombres de los jueces y personal de la Secretaría que la emitieron; una descripción del procedimiento de la misma; la identificación de las cuestiones sometidas a consulta; la opinión de la Corte; y la indicación de la versión auténtica de la opinión (tomando en consideración que existen cuatro idiomas oficiales de la OEA y del trabajo de la Corte). Asimismo,

---

[22] *Ibidem*, pp. 90 a 95.

[23] Corte IDH. "*Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 31.

[24] Pacheco Gómez, Máximo. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 73. En "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI". Memoria del Seminario. Noviembre de 1999, Tomo I. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/libros.cfm

[25] Para ver una amplia explicación sobre la competencia consultiva de la Corte, ver, Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales, op. cit.*

[26] Tal disposición establece lo siguiente
Artículo 73.
1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.
2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.
3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente.
4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente.

al igual que sucede con las sentencias de casos o las medidas provisionales, cualquier juez tiene la prerrogativa de emitir un voto, sea éste concurrente o disidente.

II. La obligación de informar sobre sus actividades (artículo 65)

1. La información a la Asamblea General de la OEA

El artículo 65 de la Convención Americana tiene un respaldo normativo en su estatuto,[27] así como en su reglamento, que prevé la facultad de la Corte de informar a la Asamblea General en casos de incumplimiento de las medidas provisionales emitidas por el tribunal.[28] De acuerdo con tales disposiciones, la Corte ha venido informando regularmente a la Asamblea General de la OEA, tanto de manera escrita como de manera oral. Para ello, ese cuerpo colegiado adopta una resolución de aprobación del informe anual de la Corte, que trasciende la mera aceptación de esa publicación.

2. La posibilidad de sometimiento de un incumplimiento particular a la OEA

A diferencia de los sistemas europeo y africano (en los cuales la supervisión del cumplimiento descansa sobre el Comité de Ministros del Consejo de Europa o la Organización para la Unidad Africana, según corresponda), en el Sistema Interamericano se entiende que "es facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de sus funciones".[29]

Hace algunos años, la Corte empezó a preocuparse por el continuo incumplimiento de las sentencias y por la imposibilidad de que las partes accedieran a brindar elementos que sirvieran al tribunal para valorar si su fallo había sido cumplido a cabalidad o no.[30] Por tal razón, emitió una resolución en la que

[27] Ninguno de los reglamentos de la Corte han establecido disposiciones sobre el proceso de información previsto por el artículo 65 de la Convención Americana. No obstante, el artículo 30 del Estatuto de la Corte dispone lo siguiente:
Artículo 30. Informe a la Asamblea General de la OEA. La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

[28] Esta facultad se ha mantenido en todos los reglamentos de la Corte, salvo el primero de ellos (vigente de 1980 hasta julio de 1991). Actualmente se encuentra contenida en el artículo 28.10 del reglamento, el cual establece que "[l]a Corte incluirá en su informe anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes."

[29] Corte IDH. Supervisión de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de junio de 2005.

[30] Particularmente, en un caso hubo una importante controversia en tanto que el fallo de la Corte refería a las instancias internas para que pudieran determinar las indemnizaciones correspondientes a 270 trabajadores despedidos. En su sentencia de fondo, reparaciones y costas sobre el caso Baena, la Corte resolvió, entre otros, lo siguiente:
"6. decide que el Estado debe pagar a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia, los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación, pago que, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, deberá hacerse a sus derechohabientes. El Estado procederá a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas y en su caso sus derechohabientes los reciban en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.
7. decide que el Estado debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado les brindará las retribuciones por concepto de pensión o retiro que les corresponda. El Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia".

estableció los criterios mediante los cuales sometería un caso al conocimiento de la Asamblea General de la OEA y, asimismo, previó las consecuencias jurídicas de tal acto. De acuerdo con la Corte,

> 1. No continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez que el Tribunal haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sus sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General.[31]

Hasta el momento, la Corte IDH envió a la Asamblea General de la OEA el incumplimiento de Venzuela en el *caso Apitz Barbera,* el 23 de noviembre de 2012.

3. El proceso de supervisión de sentencias

Los retos que tiene en la actualidad la Corte Interamericana en relación con los casos que le son sometidos trascienden la adecuada interpretación los tratados de derechos humanos y el otorgamiento de las reparaciones debidas. De manera cada vez más apremiante, *la Corte se enfrenta al desafío de garantizar que sus resoluciones sean implementadas efectivamente*. Las preocupaciones de este reto compartido entre todas las partes del proceso contencioso (en especial, el Estado) se han visto reflejadas en la producción de artículos, documentos, publicaciones, seminarios y otros eventos, que buscan hacer énfasis en el cumplimiento de los fallos concretos, como en la importancia de contar con herramientas al interior de los Estados (leyes, instrucciones, decretos, manuales, etc.), que tracen una ruta clara cuando se emite un fallo contra el Estado.

En tal sentido, una de las más marcadas diferencias entre el Sistema Interamericano y su homólogo europeo tiene que ver con la instancia a cargo de que los fallos sean cumplidos de manera adecuada. Como se ha mencionado previamente, aun no se ha puesto en práctica la disposición convencional que faculta a la Corte para que remita un caso de incumplimiento a los órganos políticos de la OEA a fin de que éstos, en su investidura de garantes colectivos, realicen las gestiones necesarias para que un Estado determinado cumpla con sus obligaciones internacionales. Tampoco se ha discutido con mayor seriedad la importancia de hacer eficaces en el ámbito interno las normas convencionales, ya sea a través de la incorporación de las normas sustantivas como de la adopción de normatividad o creación de instancias que garanticen el adecuado cumplimiento de los fallos al igual que la implementación de las medidas de protección dictadas. Si bien es cierto que también hay una mayor dificultad en Estados federales, con un gran territorio, o en hechos ocurridos fuera de las capitales o por funcionarios de varias entidades públicas, ello no debe tenerse nunca como un argumento válido para justificar el incumplimiento estatal.

No obstante, dado que el control político no ha sido eficaz, los dos órganos del Sistema Interamericano han empezado a realizar acciones para verificar el cumplimiento de sus resoluciones y para asentarlos, de alguna manera, en sus informes anuales o resoluciones.

En tal sentido, vale la pena hacer una valoración histórica del actuar del tribunal interamericano en esta materia. Si bien desde sus primeros fallos en los casos hondureños la Corte determinó “que supervisará el cumplimiento del pago de la indemnización acordada y que sólo después de su cancelación archivará el expediente”,[32] la Corte ha ido perfeccionando sus mecanismos de supervisión, lo cual se refleja en la evolución que ha tenido el tema en los distintos reglamentos de la Corte.

---

[31] Corte IDH. Supervisión de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de junio de 2005, resolutivo 1.

[32] *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, resolutivo 5; y Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, resolutivo 5.

La importancia en cuestiones sustantivas como de organización del trabajo que ha prestado la Corte al proceso de supervisión, se ve reflejado en las distintas disposiciones de su reglamento vigente. Así, incluye el tema en cuestiones relacionadas con la continuación de los jueces en sus funciones (art. 17), la posibilidad de acumular casos y autos (art. 30), la facultad de presentar escritos de *amicus curiae* en esa etapa (art. 44) y, por supuesto, contiene una disposición concreta en relación con la supervisión del cumplimiento.

Ahora bien, dado que cada vez existe mayor atención –y actuación– en relación con la supervisión del cumplimiento adecuado de los fallos, a partir de las últimas reformas reglamentarias (2009) la Corte incluyó una nueva disposición. Así, el actual artículo 69 del reglamento de la Corte ha materializado esta práctica de la siguiente manera:

> Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal
>
> 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
>
> 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.
>
> 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.
>
> 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.
>
> 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, *la Corte ha empezado a solicitar, de manera sistemática, información escrita a las partes en el proceso (Estado, representantes de las víctimas y Comisión Interamericana) sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las sentencias. Luego, la Corte tiene la potestad de confrontar la información en una audiencia privada de supervisión de sentencia. Finalmente, la Corte emite una resolución en la que establece los puntos pendientes de cumplimiento por parte del Estado condenado.*

4. Una medida innovadora de supervisión de fallos

Uno de los temas que cada vez generan mayor preocupación en ambos órganos de protección del Sistema Interamericano, son los relativos a tener la capacidad de realizar sus labores de manera eficiente y en un tiempo razonable. El seguimiento no es la excepción: tiene un desgaste para las víctimas y sus representantes por la exigencia continua del cumplimiento de medidas (sobre todo las estructurales o relacionadas con la investigación de los hechos), lo cual se complica aún más cuando esa exigencia proviene de personas que no residen en la capital, que no hablan el idioma (por ser indígenas, extranjeros, o pertenecer a otro colectivo), que están en una situación de riesgo o vulnerabilidad, o por otra razones.

Empero, es un hecho que cada vez existen mayores fallos emitidos por el tribunal, lo cual podrá dificultar su labor de supervisión si no se toman medidas que garanticen mayores recursos y permanencia del tribunal. Por ello, y aunado a las audiencias de supervisión en casos concretos, la Corte ha empezado a celebrar audiencias conjuntas de supervisión respecto del mismo Estado, centrándose en un único punto resolutivo análogo a varios casos, de acuerdo a lo establecido en su reglamento vigente.[33]

[33] El artículo 30 (“acumulación de casos y de autos”), en su numeral 5, dispone lo siguiente: “La Corte podrá acumular la

Hasta el momento, la Corte ha utilizado esta estrategia en dos situaciones. El primero de ellos, es el relativo a la evaluación de las medidas adoptadas por Colombia en relación con "la medida de reparación relativa a la atención médica y psicológica ordenada a favor de las víctimas y sus familiares en los siguientes casos: *19 Comerciantes, Masacre de Mapiripán, Gutiérrez Soler, Masacre de Pueblo Bello, Masacre de La Rochela, Masacres de Ituango, Escué Zapata*, *Valle Jaramillo y Cepeda Vargas*".[34] El segundo de ellos, se relaciona con la entrega de tierras a pueblos indígenas paraguayos.[35] En la actualidad, existe en proceso de convocatoria por parte de la Corte (aun cuando hay un anuncio de la Secretaría del Tribunal) a una audiencia de supervisión de los puntos resolutivos relativos a luchar contra la impunidad relacionados con 11 casos guatemaltecos, lo cual sería el precedente más amplio desarrollado por la Corte tanto por la cantidad de casos bajo supervisión como por el tema que se analizaría, el cual sigue siendo el talón de aquiles de los Estados: *la investigación diligente de violaciones de derechos humanos y la subsecuente consecución de justicia y verdad para cientos de víctimas.*

Si bien es cierto que la estrategia de la Corte es interesante, vale mencionar que debería verse de manera excepcional, en tanto debe responder al objetivo que se busca con la convocatoria a una audiencia de este tipo. La corta duración de la audiencia (muchas veces, de escasas horas); la premura de la convocatoria; los costos de la comparecencia; la diversidad de partes (organizaciones y víctimas que pueden tener visiones y estrategias distintas, y que desean ser escuchadas por el tribunal y por la representación del Estado); y las dificultades para entablar un diálogo informal y fluido en el que la Corte emplee sus buenos oficios para lograr compromisos por parte del Estado condenado; son apenas algunos aspectos a tomar en consideración para la consolidación de precedentes y prácticas exitosas en la supervisión de fallos.

III. Conclusión

A manera de una breve conclusión, se puede mencionar que las disposiciones convencionales, estatutarias y reglamentarias, así como la práctica de la Corte IDH y las sugerencias y críticas que ha tenido desde su funcionamiento, han resultado en importantes avances en la forma de actuar del tribunal.

La Corte Interamericana se estableció de acuerdo a normas análogas para otros sistemas de protección internacional; no obstante, con el paso del tiempo ha demostrado ser un tribunal auténtico, que ha reaccionado a las necesidades y problemáticas de derechos humanos que plantea el continente americano. Ese transcurso del tiempo, así como el cúmulo de casos y experiencias, han significado que la Corte modifique procedimientos y normativa, con el final de mantener procedimientos expeditos para estar a la altura de los retos de la región y, sobre todo, para poder brindar protección internacional a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

No obstante, existen distintos retos (como los había al inicio de la década de los ochenta, cuando la Corte empezó a funcionar), entre los que vale recodar la necesidad de no restringir el acceso de las víctimas a la justicia internacional; la importancia de garantizar una representación adecuada (tomando en cuenta

supervisión del cumplimiento de dos o más sentencias dictadas respecto de un mismo Estado, si considera que las órdenes proferidas en cada sentencia guardan estrecha relación entre sí. En tales circunstancias, las víctimas de dichos casos o sus representantes deberán designar un interviniente común, conforme lo expuesto en el artículo 25 de este Reglamento."

[34] Corte IDH. Comunicado de prensa CorteIDH_CP-01/12, de 20 de febrero de 2012, apartado 3: Audiencias privadas sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, literal b "Atención médica y psicológica en nueve casos colombianos (Colombia)", pág. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_12.pdf (Cabe aclarar que la Corte ya ha celebrado dos audiencias de supervisión conjunta sobre esta medida de reparación).

[35] El proceso de supervisión y la audiencia celebrada se han enfocado a que el tribunal "obtenga información sobre el cumplimiento de la medida de reparación relativa a la identificación, entrega y titulación de las tierras ancestrales ordenada en los casos *Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek* […]". *Cfr*. Corte IDH. Comunicado de prensa CIDH_CP-16/11, de 21 de noviembre de 2011, apartado 2: Audiencia pública sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, literal a ("a. Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek), http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_11_esp.pdf

el aminoramiento del rol central de la Comisión IDH en el litigio de casos); la posibilidad de emitir jurisprudencia novedosa sobre temas actuales; la relevancia de garantizar el efectivo cumplimiento de sus sentencias; la prontitud en el trámite de los casos (y, a la vez, el mantenimiento en el rigor en la valoración fáctica, de derecho y sobre las reparaciones debidas); las nuevas formas y tecnologías para desahogar prueba; la necesidad de resistir ataques estatales que tiendan a debilitar su funcionamiento; y la urgencia de aumentar su presupuesto para poder responder de manera más adecuada al aumento de los asuntos que le son sometidos.

Para avanzar en esos desafíos (y otros más que se suman cotidianamente), la Corte debe seguir teniendo como ruta de navegación de su trabajo la esencia que la Convención Americana le ha dado a la protección internacional –que se encuentra prevista en los preámbulos de ese tratado y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre–, y que ha sido incorporada a su jurisprudencia, al reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De hacerlo, su actuar, jurisprudencia y precedentes seguirán siendo ejemplos para distintos públicos; los Estados seguirán teniendo herramientas estructurales importantes para la adopción de normas y políticas públicas; y, lo más importante, quienes sufren violaciones de derechos humanos que no son atendidas por las instancias competentes al interior de los Estados, tendrán al menos un alivio a sus sufrimientos y legítimas reivindicaciones de sus derechos.

CAPÍTULO IX - DISPOSICIONES COMUNES*

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje será fijados en el programa presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos.

Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

Otras normativas relevantes

Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Opiniones consultivas relevantes

ONU, AG. Independencia de los magistrados y abogados. Nota del Secretario General, 13/08/2012.

ONU, AG. Consejo de Derechos Humanos La independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, 07/06/2013.

ONU, AG. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Knaul, 15/03/2013.

---

* Agradezco a Guilherme Arruda P. Silva no solamente por la traducción al español de los presentes comentarios sino también por su colaboración en la búsqueda de fuentes de investigación y lectura crítica del texto en portugués. Sin embargo, por las posibles fallas y omisiones respondo de manera exclusiva. Agradezco también a Mauricio Bernal Gómez por la revisión gramatical y corrección de estilo de la presente versión en español.

Artículos y publicaciones académicas

BRUBAKER, Joseph R. T*he Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication, 26 Berkeley J. Int'l Law. 111* (2008). Available at: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol26/iss1/3.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. IIDH,* San José, vs. 46, 2007.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*. CEJIL Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos Buenos Aires: Center for Justice and International Law - CEJIL,* 2008.

Interights. *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights. May 2003,* London.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 3 ed. San José, C.R.:* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *La independencia e imparcialidad de los miembros de la comisión y de la Corte: Paradojas y desafíos.* En: MENDÉZ, Juan E.; COX, Francisco (org.). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

LIMBACH, Jutta. *"Im Namen des Volkes". Macht und Verantwortung der Richter*, 1999.

MACKENZIE, Ruth; SANDs, Philippe. *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge.* Harvard International Law Journal / Vol. 44.

MARTINS, Leonardo. *Derecho procesal constitucional alemán.* Porrúa: México DF, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* 14ª ed., Río de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

OVEY, Clare; WHITE, Robin C. A. *The European Convention on Human Rights.* 4ª ed., New York: Oxford University Press, 2006.

Pernice, Ingolf. *Comentários ao Art. 95 GG. In: Dreier, Horst (org.). Grundgesetz Kommentar. Vol. 2. [Art. 20 – 82].* 2ª ed., Mohr Siebeck. Tübingen, 2006, p. 532-554.

PIEROTH, Bodo. *Comentários aos Art. 97 y 98 GG.* In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar.* 11ª ed., München: Beck, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado.* São Paulo: DPJ, 2008.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo. *The Independence of the Inter-American Judge.* The Law and Practice of International Courts and Tribunals 11 (2012).

SCHÖNSTEINER, Judith. *Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights.* Revista IIDH, vol. 46, 2007.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Comentários aos Art. 97 y 98 GG.* En: DREIER, Horst (org.). G*rundgesetz-Kommentar. Vol. 3 [Art. 83-146].* 2ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

Índice

I. Introducción: de las “disposiciones comunes”

El capítulo IX de la CADH titulado “disposiciones comunes”, cierra la Parte II de la Convención[1] y, con eso, su cuerpo de normas (derecho material, de la Parte I; y derecho procesal, de la parte II). El capítulo contiene cuatro artículos que definen garantías y prerrogativas aplicables tanto a los miembros de la Comisión IDH, como a los jueces de la Corte IDH. Se trata de la corroboración de la escogencia política del legislador convencional (de los Estados Partes) por la equiparación de los órganos responsables, respectivamente, por el impulso oficial[2] de la proposición de los procedimientos, fiscalización y consulta, de un lado, y por los juzgamientos de las acciones propuestas, de otro.

Esa “comunión” de dispositivos entre Corte y Comisión es indicada teniendo en cuenta el intencionado trabajo conjunto de los dos órganos. La Comisión tiene el *ijus postulandi* junto a la Corte, teniendo discrecionalidad para presentar o no un caso a la misma. Recibida una petición de una supuesta víctima de violación de derechos humanos, la Comisión evalúa si están presentes los presupuestos de admisibilidad de los arts. 46 y 47 de la CADH.[3] En seguida, busca una solución amistosa entre las partes.[4] Si no se llega a una solución amistosa, presenta, entonces, el caso a la Corte, actuando como defensora de los derechos de la víctima frente al Estado acusado. Acumula, por lo tanto, las funciones de fiscal de la observancia de la CADH, responsable por el juicio de admisibilidad de procedimientos jurisdiccionales y parte legítima ante la Corte, lo cual ha sido criticado.[5]

Por eso, apreciados en su conjunto, los cuatro dispositivos revelan un sistema de garantías y prerrogativas judiciales que debe ser interpretado teniendo en cuenta su propósito, a saber: asegurar la plena capacidad funcional de la Comisión y de la Corte y su principal objetivo de concretizar la CADH. A partir de esa comprensión sistemática, se simplifica la tarea de investigar el alcance preciso de las prerrogativas y garantías en especie. Excepcionada debe ser la apreciación de la cuestión reglamentada por el art. 73: La reserva de foro y provocación de procedimientos disciplinarios contra miembros de la Corte y de la Comisión.

II. Sistema de garantías y prerrogativas y sus propósitos

Las garantías y prerrogativas establecidas por los arts. 70 a 73 de la CADH constituyen un sistema normativo que *tiene como objetivo asegurar la plena capacidad funcional tanto de la Corte como de la Comisión*. No pueden ser comprendidas como finalidades en sí mismas, como si fueren una especie de privilegios, a los cuales tendrían derecho aquellos jurisconsultos de notable *expertise* en el sistema internacional de protección a los derechos humanos.

---

1 Al respeto de la parte II, que creó el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y los mecanismos de fiscalización de la Convención, *Cfr*. Ikawa, Daniela Ribeiro; Kweitel, Juana; Mattar, Laura Davis. Introdução à Parte VI.A: O Sistema Internacional de direitos humanos. In: Piovesan, Flávia. Código de direito internacional dos direitos humanos anotado. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1136-1158.

2 Sobre la competencia privada de la Comisión, *Cfr*. Nuño, Comentarios al art. 61 de la CADH, p. 951-952. Además, *Cfr*. Ikawa, Daniela Ribeiro; Kweitel, Juana; Mattar, Laura Davis. Introdução à Parte VI.A: O Sistema Internacional de direitos humanos. In: Piovesan, Flávia. Código internacional dos direitos humanos anotado. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1136-1158, p. 1154.

3 *Cfr*. Comentarios a los arts. 46 y 47 de Liliana Tojo y Pilar Elizalde, los cuales forman parte de esta obra.

4 *Cfr*. Comentarios a los arts. 48 a 51 de Liliana Tojo y Pilar Elizalde, las cuales forman parte de esta obra.

5 *Cfr*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, 2007, p. 283, que se refiere a esa ambigüedad de la Comisión, de ser representante de los derechos de las supuestas víctimas y al mismo tiempo cumplir la función de *custos legis* de la CADH.

Esa premisa debe orientar al intérprete junto a la interpretación del alcance y de los efectos concretos de las garantías y prerrogativas y, también, junto *al control de convencionalidad de los estatutos y reglamentos de los dos órganos,*[6] cuyos miembros son los titulares de las garantías y prerrogativas. Estas, van desde la específica garantía del resarcimiento de gastos de viajes, del art. 72, hasta las garantías más genéricas de independencia e imparcialidad del art. 71, que piden un mayor esfuerzo hermenéutico (*auslegungsbedürftig).*[7]

III. Capacidad funcional de la Corte IDH y de la Comisión IDH

Garantizar la capacidad funcional de la Corte y de la Comisión, considerando el principal objetivo de los dos órganos de concretizar la CADH, imprimiéndole fuerza normativa, es el propósito que debe ser mejor definido para que sea posible realizar el control de convencionalidad del derecho convencional sumario (o derivado)[8] y de eventuales medidas administrativas y hasta jurisprudenciales de los países signatarios de la CADH.

En ese sentido, *la capacidad funcional de la Corte estará garantizada si, antes de todo, fuere sometido a la Corte un número razonable,* i.e., no exagerado, de casos, a fin de no sobrecargarla. En relación a ese aspecto de la capacidad funcional de la Corte se tienen normas de organización y procedimiento establecidas por la propia CADH.[9] Otro aspecto tan importante como el anterior sobre la atribución de un número razonable de casos es *asegurar la independencia funcional, tanto material como personal de la Corte y de sus miembros, considerando la confianza* (una de las principales acepciones del principio del Estado de Derecho) *de los Estados Partes y de los particulares en la imparcialidad, vale decir, también en la neutralidad ética de la Corte.* Por lo tanto, la Corte requiere estar libre de presiones provenientes de agentes políticos y/o, sobretodo, de agentes económicos públicos o privados.[10]

---

[6] Eso porque los estatutos y reglamentos, como derecho comunitario secundario, tienen que ser compatibles con los parámetros convencionales, derivados directamente de la CADH. Al respecto, véase el preciso diagnóstico de Pernice, Ingolf. Comentarios al Art. 95 GG, en: Dreier, Horst (org.). Grundgesetz Kommentar. Vol. 2. [Art. 20 – 82]. Mohr Siebeck. Tübingen, 2006, p. 535 s., bajo el epígrafe del "auto-vínculo de la comunidad jurídica mundial" trata de la "constitucionalización de la comunidad de Estados" que limita la autonomía convencional de los Estados soberanos. Si la convención fuere incompatible con el *ius cogens* del derecho internacional público, luego esta hace parte del bloque de constitucionalidad dependiendo de la admisión por sus normas. De ahí, que se exija la observancia por parte de los poderes constituidos (Corte y Comisión) de los parámetros constituyentes-convencionales derivados de la CADH.

[7] En general, el mayor grado de necesidad de enrolamiento hermenéutico es responsable por aperturas discrecionales al intérprete. Sin embargo, conceptos jurídicos indeterminados no pueden justificar arbitrio hermenéutico. De acuerdo con la conocida teoría de la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales, perfectamente aplicable a los derechos humanos tutelados por la CADH, los conceptos jurídicos indeterminados deben ser usados para hacer reconocer la fuerza normativa de los parámetros, que son aquí convencionales, también para la interpretación de cualquier dispositivo normativo infra-convencional no solamente por la Corte y Comisión, sino también por los órganos judicantes de los Estados Partes. Como se trata de garantías funcionales, éstas pueden y deben ser interpretadas también contra la Corte y la Comisión, en el sentido de exigirse de sus miembros cierta carga argumentativa toda vez que algún derecho humano positivado en la CADH sea pertinente (apertura de su ámbito de protección normativa).

[8] Aquí se vale del concepto de "derecho convencional secundario", o "derecho convencional derivado" en paralelo al uso europeo del "derecho secundario de la Unión Europea", que engloba todos los actos normativos de los órganos de la Unión (con destaque para las directrices de la Unión Europea que tengan fundamento en el Tratado de la Unión Europea o en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que componen juntos el derecho primario, además de actos normativos con fundamento en delegaciones (*Ermächtigung*) derivadas de otro acto normativo infra-convencional. En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el derecho convencional secundario está compuesto por los estatutos, reglamentos y demás normas de la Corte y la Comisión dentro del cuadro convencional de la CADH.

[9] *Cfr.* Nuño, Sobre la organización de la Corte, comentarios a los arts. 52-54, p. 849-863; sobre el funcionamiento de la corte, comentarios a los arts. 55-60; sobre las competencias, funciones y procedimientos, comentarios a los arts. 61,62 y 66-69. Los comentarios forman parte de esta obra.

[10] *Cfr.* Al respecto con riqueza de detalles, los comentarios de Schulze-Fielitz al art. 97, I, GG, cuyo contenido es "los jueces son independientes y sometidos solamente a la ley": Schulze-Fielitz, Helmuth. Comentarios al Art. 97 GG. In: Dreier, Horst (org.). Grundgesetz-Kommentar. Vol. 3 [Art. 83-146]. 2ª. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008,567-597.

A su vez, la capacidad funcional de la Comisión estará garantizada, si los recursos humanos y materiales disponibles a sus miembros es suficiente para el cumplimiento de su principal función, tal como está definido por el art. 41 de la CADH, i.e., "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...)", detallada por los incisos "a" hasta el "g" del mismo.

IV. Garantías y prerrogativas en especie

1. Inmunidades y privilegios diplomáticos (artículo 70.1)

La delimitación conceptual entre inmunidades y privilegios diplomáticos es bastante tenue. Mucho se especula sobre lo que los diferencia y lo que los asemeja. Inmunidades serían garantías positivadas, prohibiciones al Estado de ejercer su poder en relación a determinado agente. A su vez, privilegios corresponderían a concesiones de ventajas.[11] Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales tienden a usar los dos términos como sinónimos o a establecer una relación "género/especie", por la cual las inmunidades configurarían especies del género "privilegios diplomáticos".[12]

Una vez electo cada juez de la Corte y cada miembro de la Comisión gozan:

a) primero, "*de las* inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el Derecho Internacional" (subrayado del autor), a partir de la confirmación de su elección y hasta el término de su mandato. Como el dispositivo no excluye ninguna inmunidad destinada a agentes diplomáticos, debe entenderse que el legislador convencional extendió a loz jueces y comisionados, en principio, todas las inmunidades diplomáticas establecidas por la Convención de La Habana de 1928 y por la Convención de Viena de 1961.

b) segundo, con el lapso temporal un poco más restrictivo, i.e., a partir del término inicial hasta el término final del ejercicio del mandato y "en el ejercicio de sus cargos", los jueces de la Corte y miembros de la Comisión gozan de "privilegios diplomáticos".

1.1 Inmunidad diplomática en sentido amplio es el conjunto de garantías legales de las cuales gozan los agentes diplomáticos y que limitan el poder del Estado junto al cual ejercen sus funciones (Estado "acreditado").[13] Las principales garantías reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos fueron sintéticamente recogidas en la conocida "Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas", de 18 de abril de 1961, en su art. 31: inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor; inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa.[14]

1.2 Los "privilegios diplomáticos" de los cuales los jueces de la Corte y miembros de la Comisión pueden ser titulares deben ser "necesarios para el desempeño de sus funciones". Por su contenido ("necesarios") queda evidente que la interpretación debe ser la más restrictiva posible, en el sentido de buscarse la adecuación y el menor impacto posible en el entorno normativo, valga decir, la búsqueda de la mayor observancia posible de la igualdad en el contexto de ordenes jurídicas y administrativas nacionales. No hay convencionalidad en la avocación o concesión de privilegios diplomáticos que no impliquen clara relación de fomento de su precisa finalidad convencional: posibilitar el buen ejercicio de sus respectivas funciones.[15]

[11] Véase a respecto Mello, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 14. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 1360.

[12] *Cfr. Ibidem.*

[13] *Cfr.* Mello, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 14. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 1335-1362.

[14] *Cfr.* también con detalles: *Cfr.* Mello, 2002, p. 1342-1346.

[15] Una de las consideraciones señaladas en el preámbulo de la CVDT establece: "[r]econociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas".

Entre los privilegios diplomáticos más reconocidos internacionalmente se encuentran las ya referidas inmunidades, pero existen otros privilegios que no se encajan en ellos, tales como la libertad de circulación y facilitación por el Estado acreditado de otras condiciones, igualmente necesarias para el idóneo ejercicio de las funciones y que van más allá del concepto de inmunidad.

1.3 Para ir más allá del art. 70, 1, de la CADH, el Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido inmunidades y privilegios puntuales. Según su art. 10:

> Artículo 10. La Corte gozará en la República de Costa Rica de una total franquicia postal y de un tratamiento favorable en sus comunicaciones oficiales, igual al acordado a las misiones diplomáticas con respecto a prioridades, tarifas o impuestos a los cables, télex, telegramas, radiotelegramas, teléfonos y otros medios de comunicación, así como también en las tarifas de prensa para materiales de información destinados a la publicidad por cualquier medio.

A su vez, el art. 11, haciendo mención expresa del ahora comentado art. 70, restringió las inmunidades y privilegios a los jueces de la Corte y aquellas conferidas a los agentes de misiones diplomáticas acreditados ante el Gobierno de la República:

> Artículo 11. De conformidad con el artículo 70 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los jueces gozarán, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de todas las inmunidades y privilegios, exenciones y franquicias reconocidas a los jefes de misiones diplomáticas acreditados ante el Gobierno de la República, (...)

Además, el mismo dispositivo del art. 11 ha restringido privilegios fiscales de jueces costarricenses:

> Sin embargo, el Gobierno de Costa Rica no reconocerá exenciones o franquicias fiscales o patrimoniales a los jueces que sean nacionales del país, (…)

Sin embargo, para no chocar con la CADH, el Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado en la secuencia, la excepción de la excepción:

> (…) salvo respecto de sus actos oficiales o de su relación de servicio con la Corte, pero, en todo caso, no estarán sujetos a medidas de restricción, ejecución o compulsión, administrativas o judiciales, mientras su inmunidad no les sea levantada por la Corte.

El análisis sistemático de los dispositivos de las dos convenciones revela la preocupación legislativo-convencional en escapar de las tradiciones patrimonialistas de muchos países latinoamericanos al firmar las reservas a los privilegios e inmunidades.[16] Con esto, sin obviamente desmerecer la gran dignidad de los respectivos cargos de juez de la Corte o de miembro de la Comisión, el legislador convencional evita crear los presupuestos legislativos de una "aristocracia judicial/comisional" que sería incompatible con el espíritu democrático de Estado de derecho de la CADH.

2. Principio del libre convencimiento judicial y discrecionalidad de la Comisión IDH (artículo 70.2)

La norma del art. 70, apartado 2, consagra, primero, en el caso de su aplicación a los jueces de la Corte, el conocido principio del libre convencimiento judicial. No exigir "responsabilidad" de los jueces de la Corte por sus votos en el ejercicio de su función jurisdiccional es, en el ámbito técnico-jurídico, un presupuesto bastante relevante de la independencia judicial. Se trata de un típico postulado de la función

[16] Así, tales reservas abren cierto margen discrecional al Estado acreditado, en el caso de Costa Rica, tal cual en la dogmática de los derechos fundamentales el constituyente originario hace a favor del legislador ordinario. Eso para que el Estado acreditado pueda evaluar la proporcionalidad de los privilegios e inmunidades a la tutela de la capacidad funcional de la Corte y de la Comisión.

jurisdiccional de cualquier Estado, aquí, equivalentemente previsto también para ese órgano pertinente a la OEA. "Contestar", políticamente, corresponde al funcionario parlamentario, no el juez o el miembro de la Comisión en la calidad de función esencial a la administración de la justicia interamericana de los derechos humanos. Podría darse una excepción en el caso improbable de responsabilidad jurídica por prevaricación.

En el caso específico de su aplicación a los miembros de la Comisión, se tiene la apertura de una discrecionalidad, también en paralelo a aquélla ya mencionada del plano procesal nacional. Se tiene, en todo caso, una garantía extendida a la función esencial a la administración de justicia con el otorgamiento de la *legitimidad ad causam* para provocación de la Corte.[17]

Libre convencimiento judicial significa precisamente la no vinculación de los miembros de la Corte a ningún método hermenéutico o escuela teórica en su función de intérprete privilegiado de la CADH. Vinculada es la Corte, como típico órgano jurisdiccional, solamente a la CADH, pero no lo es a su propia jurisprudencia. La comisión, como órgano consultivo especial de la OEA al respecto de los derechos humanos, está vinculada a la Carta de la OEA de 1948 y, después de su alteración por el Protocolo de Buenos Aires de 1970 (cuando adquirió status convencional), también a la CADH.

Sin embargo, en correspondencia con el *standard* y la tradición jurídica de los países latinoamericanos miembros de la OEA, que parten del sistema legal de fuentes del derecho, el principio del libre convencimiento judicial no podría ser aplicado a fin de justificar una decisión notoriamente parcial o arbitraria.[18] El libre convencimiento tiene que ser motivado por la interpretación de los dispositivos convencionales, a los cuales también los jueces se encuentran, así como todos los demás destinatarios, vinculados.

Al respecto de la discrecionalidad de la Comisión, ésta, obviamente, también tiene límites, tanto en su tarea de someter casos a la Corte después de realizar el control previo de admisibilidad de un procedimiento, como en la de emitir opiniones, hacer recomendaciones a los gobiernos, sugerir protocolos complementarios a la CADH, además de todas sus funciones y atribuciones definidas por los arts. 18 a 20 del Estatuto de la Comisión en relación, respectivamente, a los Estados Miembros de la OEA, a los Estados Partes de la CADH y a los Estados Miembros de la OEA que no son signatarios de la CADH. No puede omitirse o exagerar en el ejercicio de sus competencias. Para ejercer su competencia dentro de su espacio discrecional, los miembros de la Comisión deben conocer a profundidad la jurisprudencia de la Corte y la producción de la propia Comisión, además de mantener constante diálogo con la ciencia del derecho internacional público.

3. Independencia y sus incompatibilidades (artículo 71, primera alternativa)

La literatura especializada[19] trata de manera indistinta las garantías de independencia e imparcialidad,

[17] "Cualquier asunto que deba ser conocido por la Corte en vía contenciosa deberá haber pasado el filtro previo de la Comisión interamericana".. *Cfr*. Nuño, Comentarios al art. 61 de la CADH, p. 952.

[18] Aunque sea difícil trazar un límite, en todo caso evidentes arbitrariedades ya deben ser abortadas en el filtro interno del colegiado de los jueces. También la jurisprudencia consolidada (pacífica) sirve de fuerte indicio de no arbitrariedad. Al respecto del asunto, más específicamente tratando de la independencia material del magistrado ante el propio Poder Judiciario Schulze-Fielitz, *op. cit.*, p. 589, afirmó con mucha propiedad: "[…]" no es restricción de la independencia material, pero consecuencia necesaria del principio colegial de los jueces miembros de órganos judicantes procuren, por la vía del trabajo de convencimiento, ejercer influencia uno sobre el otro. El control colegial recíproco es [al contrario] un instrumento decisivo de la garantía de calidad de la jurisprudencia".

[19] *Cfr*. Entre muchos, sin pretensión de ser exhaustivo: Ledesma, Héctor Faúndez. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 3 ed. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; *Idem*, La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y desafíos. In: Mendéz, Juan E.; Cox, Francisco (org.). El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 186-210; Mackenzie, Ruth; Sands, Philippe. International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge. Harvard International Law Journal / Vol. 44, p. 271-285; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo. The Independence of the Inter-American Judge. The Law and Practice of

porque el dispositivo en cuestión, según su propio contenido, pretende asegurar, también la independencia/imparcialidad con la prohibición del ejercicio por los miembros de los dos órganos de "otras actividades que pudieren afectar su independencia *o* imparcialidad" (subrayado del autor). Pero éstas pueden y deben ser tratadas autónomamente, así exista de hecho un nexo lógico entre las dos. Así, la independencia material y personal de un órgano fomenta, pero no se confunde con su imparcialidad, ni la asegura, así esta sea el principal objetivo de aquella.[20]

Un aspecto común a ambas también es la remisión convencional a los "respectivos Estatutos".

Analizando el parámetro convencional primero, solamente frente a la garantía de independencia, se tiene que esta puede ser definida como "libertad de órdenes, de acción y de reconocimiento de cada juez, sin que por intermedio de esto deban ser admitidos "privilegios estamentales".[21] Esto, porque "no existe Justicia del Estado de derecho sin la independencia [de los] jueces contra toma de influencia por terceros en la decisión de la lite".[22]

En el ámbito nacional, se asegura la independencia "personal" en oposición a la independencia "material", íntimamente ligada a la garantía de imparcialidad a favor de los sometidos a la jurisdicción, por medio de garantías muchas veces positivadas en el texto constitucional como las de ser el cargo vitalicio, inamovible y tener los subsidios irreductibles.[23] Tales garantías deben asegurar que el juez de derecho pueda decidir sin preocuparse por las consecuencias de su decisión, eventualmente negativas, sufridas por agentes públicos o privados, lo que, obviamente, también fomenta indirectamente su imparcialidad.

Con mandatos fijos de seis años, prorrogables por una única vez,[24] tales garantías personales no encuentran justificación en el contexto de interpretación del art. 71, primera alternativa, de la CADH. No obstante, la garantía de independencia de los jueces de la Corte implica concretamente la no subordinación a los respectivos poderes ejecutivos de sus países y a cualquier otro organismo internacional.[25]

Como revela el Estatuto de la Corte en su art. 18, entre las principales actividades incompatibles se destacan los "siguientes cargos y actividades":

a) los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados Miembros;

b) los de funcionarios de organismos internacionales;

c) cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

En el caso de la garantía de independencia de los miembros de la Comisión, el legislador estatutario desistió, en el art. 8, nº1, de presentar un rol de cargos y actividades incompatibles con el ejercicio del cargo de miembro de la Comisión, limitándose a determinar que:

International Courts and Tribunals 11 (2012) 111–135 e Schönsteiner, Judith. Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights. *Revista IIDH*, vol. 46, p. 197-215, 2007.

[20] Sobre la distinción entre independencia material e independencia personal, véase Schulze-Fielitz, *op. cit.*, respectivamente: p. 579-591 y 591-597.

[21] *Cfr.* Schulze-Fielitz, *op. cit.*, p. 576.

[22] *Cfr.* con más profundidad: Limbach, Jutta; "Im Namen des Volkes". Macht und Verantwortung der Richter, 1999, p. 96 *et seq* e Schulze-Fielitz, *ibidem*.

[23] *Cfr*. Art. 95 de la Constitución Federal Brasileña, de 05 de octubre de 1998.

[24] De *conventione ferenda*, sería más indicado seguir la escogencia del constituyente alemán por un mandato más largo (12 años) sin posibilidad de reelección inmediata o futura. *Cfr*. Martins, Leonardo. *Op, cit.,* p. 8-11.

[25] *Cfr.* Ledesma, Héctor Faúndez. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 3 ed. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004 p. 195: "(…) el Estatuto de la Corte contempla expresamente la incompatibilidad del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de miembro o alto funcionario del poder ejecutivo".

> 1. El cargo de miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieren afectar su independencia, su imparcialidad, o la dignidad o el prestigio de su cargo en la Comisión.

Esa apertura implica, una vez más, que el *ethos* profesional sea desarrollado por los propios miembros de la Comisión, una vez que se trata, también en su caso, y a pesar de ser un órgano antes político que judicial, de cuidar su reputación e imagen junto a la internacional como un todo.[26] Además de esto, el art. 4, nº 1 del Reglamento de la Comisión trae, en paralelo los "plazos de cuarentena", muy bien conocidos en el ámbito nacional, tras término de mandatos y cargos públicos, prohibiciones/reservas de representación de personas y Estados tras dos años después del término del respectivo mandato.[27]

4. Imparcialidad y sus incompatibilidades (artículo 71, segunda alternativa)

Además de independientes, los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión son titulares de garantías y prohibiciones/reservas que, específicamente, tienen como objetivo asegurar su imparcialidad. Aquí recae el acento, sin duda, sobre el órgano judicante que es la Corte, siendo que el significado para la Comisión es restringido a la libertad de prejuicios, por parte de sus miembros, o de orientaciones, incluso no vinculantes (tomada de influencia), provenientes de cualquier órgano gubernamental o no gubernamental. Sin embargo, tratándose de un órgano político por excelencia, que tiene la tarea convencional de promover activamente el conocimiento y el respeto a los derechos humanos, principales parámetros y objetivos de la CADH, tiene un poder discrecional sensiblemente mayor al de la Corte que necesita ser activada para decidir.

Las siguientes prohibiciones, previstas por el art. 19 del Estatuto de la Corte técnicamente de "impedimento, Excusas e Inhabilitación" parecen fomentar mucho más específicamente la imparcialidad de la Corte:

> 1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.
>
> 2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá.
>
> 3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.

[26] Ledesma, *op. cit.*, p. 146, lo enfatiza con mucha precisión, revelando inclusive un ejemplo concreto, en los siguientes términos: "(…) el art. 8 del citado Estatuto establece, simplemente, que el cargo de miembro de la Comisión es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieran afectar su independencia o imparcialidad, o la dignidad o prestigio de su cargo en la Comisión, pero no menciona específicamente ningún cargo o actividad que -por su naturaleza- sea incompatible con la condición de miembro de la Comisión; (…) Sin duda, un ministro de Estado, un funcionario público, un juez (cualquiera que sea su categoría), o un miembro de una asamblea legislativa (nacional o provincial), no pueden ser miembros de la Comisión sin que, previamente, renuncien a cualquiera de las condiciones antes mencionadas. Esta incompatibilidad puede presentarse en forma sobreviviente, obligando al comisionado a optar entre uno y otro cargo; pero no puede ejercer ambos. En este sentido, la renuncia presentada por la comisionada Marta Altolaguirre el 1 de septiembre de 2003, siendo presidenta de la Comisión, en momentos en que había postulado su nombre como candidata a una asamblea parlamentaria, 'para garantizar que ninguna sombra de duda afect[ara] la credibilidad de la Comisión', constituye un precedente de trascendental importancia ética y política".

[27] *Cfr.* Ledesma, *ibidem*: "art. 4, N° 1, del Reglamento de la Comisión reitera lo estipulado por el art. 8 del Estatuto, y agrega que, en el momento de asumir sus funciones, los miembros de la Comisión se comprometerán a no representar a víctimas o a sus familiares, ni a Estados, en medidas cautelares, peticiones y casos individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por un plazo de dos años, contados a partir del cese de su mandato como miembros de la Comisión"..

> 4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Al respecto de la imparcialidad de la Corte el *ethos* profesional ejerce también un papel bastante relevante. En ese punto, el trabajo de fundamentación rigurosa de las decisiones de la Corte tiene el poder/efecto de, a largo plazo, estabilizar el sistema de protección de los derechos humanos tutelados por la CADH. Eso, porque la ya mencionada libertad de selección del método no dispensa a ningún juez de fundamentar su decisión por medio de una argumentación racional e informada metodológicamente.[28] Libertad de método no significa ausencia de método. El vínculo a la CADH no puede, por tanto, como ocurre con el vínculo a cualquier parámetro normativo abstracto, ser considerado una excepción de la independencia material del juez. Por el contrario, se trata de la "expresión de la legitimación material-democrática"[29] de cualquier órgano judicial, excepción hecha al sistema de fuentes del *common law.* Teniendo en cuenta el diálogo internacional cada vez más intenso no solamente entre fuentes jurídicas, sino también entre círculos cultural/jurídicos distintos, el sistema del *common law* influye, pero no es determinante para la interpretación de la CADH como un todo, especialmente, ni para determinar el alcance de la norma en comento.

De la interpretación sistemática con el art. 70, apartado 2, se desprende que los miembros de la Corte no pueden, en principio, ser responsabilizados por sus opiniones y convicciones jurídicas dictadas en sus votos. Pero esa esencial y común prerrogativa judicial no puede ser mal comprendida en el sentido de eximir a la Corte de un acompañamiento crítico de su jurisprudencia por la comunidad jurídica y política internacional general. En ese sentido, la Corte debe encontrar, como ya fue mencionado, un punto de equilibrio entre una timidez u omisión no convencional frente a cuestiones macro políticas implícitas en la interpretación de dispositivos de la CADH y un activismo exagerado capaz de transformarla de guardiana a 'dueña' de la CADH.[30] Es imprescindible que los dos órganos, pero, sobre todo, la Corte encamine su actuación independiente en la "transparencia, la responsabilidad, *expertise* y en el compromiso con la protección de los derechos humanos".[31] Esa opinión no carece de reparos, por lo que se adopta sin reservas.

5. Honorarios y gastos de viaje (artículo 72, 1ª frase)

El legislador convencional delegó a la legislación convencional secundaria, específicamente a la disciplina de los Estatutos de los dos órganos, la forma y las condiciones de los honorarios y gastos de viaje a ser percibidos por sus respectivos miembros.

Según el art. 26 del Estatuto de la Corte, que trata del presupuesto y el régimen financiero:

---

[28] *Cfr.* Schulze-Fielitz, *op. cit.*, p. 579.

[29] *Ibidem*.

[30] Este juego de palabras se ha tornado casi un lugar común en la discusión germánica sobre el papel del Tribunal Constitucional Federal de aquel país. Para una introducción, véase: Martins, Leonardo. Derecho procesal constitucional alemán. Porrúa: México DF, 2012, p. 1-6.

[31] *Cfr. Schönsteiner*, *op. cit.*, p. 203: "Debido al papel crucial que los órganos del sistema interamericano juegan en los procedimientos e interpretación de la CADH, es vital la transparencia, responsabilidad [accountability], conocimientos y compromise con la protección de los derechos humanos, así como la independencia a lo largo del tiempo. Usualmente la ética professional es una herramienta muy importante para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, la estabilidad del sistema a largo plazo parece sugerir que tanto los encargados por mandato, y los usuarios del sistema deberían (otorgáseles también) garantías institucionales (*que acompañen los estándares éticos y profesionales)*…" Traducción libre (subrayado del autor).

> 1. La Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducir modificaciones.
>
> 2. La Corte administrará su presupuesto

Ahora, el art. 13 del Estatuto de la Comisión establece que:

> Los miembros de la Comisión percibirán gastos de viaje, viáticos y honorarios, según corresponda, por su participación en las sesiones de la Comisión o en otras funciones que la Comisión, de acuerdo con su Reglamento, les encomiende individual o colectivamente. Tales gastos de viaje, viáticos y honorarios se incluirán en el presupuesto de la Organización y su monto y condiciones serán determinados por la Asamblea General.

En el dispositivo comentado, el legislador convencional abrió al legislador secundario un margen discrecional delimitado por el propósito de los honorarios y gastos de viaje a ser fijados en consonancia con "la importancia e independencia de sus funciones". Se trata aquí, nuevamente, del inevitable uso de conceptos jurídicos indeterminados, para cuya configuración, pueden ser utilizados los criterios ya aludidos. La indudable gran dignidad e importancia de los dos órganos y sus miembros deben ser siempre vigorosamente defendidas. Esto debe, sin embargo, ocurrir en el espíritu republicano frente al claro propósito de asegurar la independencia funcional a favor de la capacidad funcional, esto es, por lo regular, el debido e idóneo ejercicio de sus funciones convencionales.

Establecidos y determinados tales parámetros, las normas estatutarias hoy vigentes son en sí convencionales, pero deben ser siempre interpretadas a la luz de los dispositivos convencionales. También su alteración debe pasar siempre por ese filtro.

6. Programa-presupuesto de la OEA (artículo 72, 2ª a 4ª frase)

Además de delegar un ilimitado poder normativo discrecional al legislador estatutario, el art. 72 de la CADH, en sus frases 2 a 4, también establece una instancia de control de presupuesto externo, la Asamblea General de la OEA.

Primero, el legislador convencional determinó que "tales honorarios y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos" al lado de los gastos ordinarios de la Corte y su Secretaría.

Segundo, el legislador convencional atribuyó a la Corte el derecho de iniciativa legislativa del presupuesto. El "propio proyecto de presupuesto" de la Corte debe ser entonces sometido a la aprobación de la AG por su Secretaría General.

En el derecho regional secundario, el estatuto de la Comisión establece, en su art. 18, que hace parte de su rol de funciones y atribuciones frente a los Estados Miembros presentar al Secretario General de la OEA su programa-presupuesto para que éste lo someta a la Asamblea General. Ocurre que tanto el presupuesto de la Corte, como el de la Comisión están siendo objeto de críticas por parte de algunos Estados Partes que defienden la reforma del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos,[32] lo que pasaría por la supresión de la Comisión, siguiendo el ejemplo de la reforma por la cual pasó el sistema europeo.[33]

[32] En la votación del presupuesto para el año de 2013, la ampliación de los presupuestos fue criticada manifiestamente por los representantes de Bolivia, Venezuela e Nicaragua que fueron contra el aumento y, todavía, quisieron ver condicionado el aumento del presupuesto a las medidas de reforma del sistema interamericano de defensa de los derechos humanos. Además de esto, véase el proyecto de resolución del Programa-Presupuesto de la Organización para 2013 y contribuciones para el FEMCIDI (Acordado por el Consejo Permanente, en la sesión extraordinaria realizada el 14 de noviembre de 2012) AG/doc.9 (XLIII-E/12), disponible en: <http://www.oas.org/consejo/pr/AG/43SGA.asp>

[33] *Cfr*. OVEY, Clare; WHITE, Robin C. A. The European Convention on Human Rights. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2006, p. 8-11.

Por último, el legislador convencional prohíbe a la Secretaría General introducir cambios en el proyecto original del presupuesto de la Corte.

Las siguientes cuestiones deben ser resueltas:

¿Puede la Asamblea General de la OEA enmendar el Proyecto de la Corte? En caso afirmativo, ¿cómo compatibilizar esto con la garantía de independencia de la Corte? ¿hay peculiaridades en el caso del presupuesto de la Comisión, ya que a partir de la 2ª frase ésta nose menciona más?

6.1 De acuerdo con la Carta de la OEA, cabe a la Asamblea General aprobar el programa-presupuesto que es presentado por la Secretaría General[34] y sometido a una comisión preparatoria de la propia Asamblea General, esta examinará el proyecto y presentará un informe con las recomendaciones que juzgue pertinentes.[35] En seguida, cabrá a la Asamblea General aprobar el proyecto de presupuesto y fijar las cuotas de los Estados Miembros.[36] Los dispositivos en comento prohíben cambios del presupuesto original presentados por la Corte y Comisión apenas por parte de la Secretaría. Sin embargo, la Comisión Preparatoria puede sugerir cambios en el proyecto, correspondiéndole a la Asamblea General acatar o no los cambios en los presupuestos presentados.

6.2 Como se somete, por lo tanto, el aumento del presupuesto de la Corte y de la Comisión a los cambios sugeridos por la Comisión Especial que discutió las posibles medidas de mejoría y, siendo, de esa manera, posible enmendar los proyectos originales de presupuestos de la Corte y de la Comisión, hay de hecho una relativización de la independencia de la Corte que solamente podría ser subsanada con la reforma del respetivo parámetro de la Carta de la OEA.

6.3 También los proyectos de los presupuestos de la Comisión son preparados por los mencionados órganos de la Comisión Preparatoria y de la Secretaría General de la OEA, en los términos de sus estatutos y de la CADH y entonces encaminados a la Secretaría General que los incluirá en el proyecto de programa-presupuesto y los someterá a la Comisión preparatoria de la AG y después a la propia Asamblea General.[37]

V. Procedimientos contra miembros de la Corte IDH y de la Comisión IDH (artículo 73)

Así como hizo el legislador ordinario alemán, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, más precisamente en su último dispositivo (§ 105 BVerfGG), que insertó la posibilidad, presupuesta la debida autorización por el TCF (§ 105, IV BVerfGG), del Presidente Federal, como órgano constitucional de jefe de Estado, entre otros, hasta exonerar a un juez del Tribunal Constitucional Federal, también el legislador de la CADH cierra su cuerpo dispositivo principal con una regla similar.

En lugar de hablar de "autorización" (*das Bundesverfassungsgericht kann den Bundespräsidenten ermächtigen*) al órgano externo, competencia que cabe exclusivamente al Tribunal Constitucional Federal alemán, el legislador convencional habla aquí de "solicitación" ("solicitud"), i.e., en pedido o requerimiento. La pequeña diferencia terminológica se debe, primero, a la previsión de un procedimiento más contencioso (intersubjetivo) típico de los círculos jurídicos latinoamericanos en oposición a una configuración más objetivista del proceso constitucional vigente en Alemania. Segundo, se debe por opción del legislador alemán de, con la "autorización" del § 105, I BVerfGG, reconocer explícitamente la aplicación de la sanción de exoneración del cargo de juez del Tribunal Constitucional Federal, lo que no es el caso del art. 73, que habla solamente en "resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos".

[34] *Cfr*. art 112 "c" de la Carta de la OEA
[35] *Cfr*. art. 60, "c" de la Carta de la OEA.
[36] *Cfr*. art. 54, "e" de la Carta de la OEA.
[37] *Cfr*. art. 112, "c" de la Carta de la OEA.

Sin embargo, el paralelismo normativo entre los dos estatutos jurídicos traídos a discusión salta a la vista: a pedido autorizado, la Corte y, como resultado de la amplia equiparación de la Comisión dada por la CADH, también la Comisión, somete la dirección o por lo menos el acompañamiento del procedimiento disciplinario al órgano constitucional (en el caso del § 105, I BVerfGG) o convencional externo (en el caso de la norma en comento) de gran relevancia, i.e. al jefe de Estado, en un caso, y a la Asamblea General de la OEA, en otro.

Las faltas disciplinarias fueron previstas en los respectivos Estatutos, a los cuales el legislador convencional expresamente remite.

En el caso de los miembros de la Corte, según el art. 20 de su Estatuto:

> 1. Los jueces y el personal de la Corte deberán observar, dentro y fuera de sus funciones, una conducta acorde con la investidura de quienes participan en la función jurisdiccional internacional de la Corte. Responderán ante ésta de esa conducta, así como de cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones.
>
> 2. La potestad disciplinaria respecto de los jueces corresponderá a la Asamblea General de la OEA solamente a solicitud motivada de la Corte, integrada al efecto por los jueces restantes.
>
> 3. La potestad disciplinaria respecto del Secretario corresponde a la Corte, y respecto al resto del personal, al Secretario, con la aprobación del Presidente.
>
> 4. El régimen disciplinario será reglamentado por la Corte, sin perjuicio de las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que fueren aplicables conforme al artículo 59 de la Convención.

A su vez, en el caso de los miembros de la Comisión, el art. 9 de su Estatuto apunta algunos deberes que, si irrespetados, deben implicar apertura del debido proceso disciplinario. Son ellos:

> 1. Asistir, salvo impedimento justificado, a las reuniones ordinarias y extraordinarias que celebre la Comisión en su sede permanente o en aquella a la que haya acordado trasladarse transitoriamente.
>
> 2. Formar parte, salvo impedimento justificado, de las Comisiones Especiales que la Comisión acuerde integrar para el desempeño de observaciones *in loco,* o para realizar cualquier otro de los deberes que le incumban.
>
> 3. Guardar absoluta reserva sobre todos los asuntos que la Comisión considere confidenciales.
>
> 4. Guardar, en las actividades de su vida pública y privada un comportamiento acorde con la elevada autoridad moral de su cargo y la importancia de la misión encomendada a la Comisión.

Cabe exclusivamente a la Asamblea General de la OEA resolver sobre las sanciones aplicables. La conclusión del procedimiento se dará por resolución a ser expedida por la Asablea General. Como ocurre en el caso de la mayoría requerida por el referenciado legislador alemán, se exige para una resolución contra un miembro de la Comisión, también una mayoría de dos tercios "de los votos de los Estados Miembros de la Organización". Si el llamado a la responsabilidad ético-disciplinaria fuere para un juez de la Corte, será necesaria una mayoría de dos tercios de los "Estados Partes de la Convención" para la expedición de la resolución.

Esa diferencia de quórums dependiendo de si se trata de juez de la Corte o de un miembro de la Comisión se justifica en razón de la especial misión de la Comisión de contemplar también la protección de los derechos humanos "consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros" (art. 1, 2 "a" del Estatuto de la Comisión) y no solamente en "los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados Partes en la misma" (art. 1, 2 "b" del Estatuto de la Comisión), lo que no se aplica a la Corte que está vinculada solamente a la CADH.

PARTE III – DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPÍTULO X – FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto de otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención

Artículo 75

1. Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estimen conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretaria General de la Organización, quien debe de informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPÍTULO XI – DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor, esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de los miembros de la Comisión se hará entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará, sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2 - Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de los jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará, sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago.* Sentencia de 11 de marzo de 2005.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de septiembre de 1999 (Competencia)

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4)*. Opinión Consultiva OC-3/83 Serie: fallos y opiniones N° 3

Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.

Artículos y publicaciones académicos

AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2000.

CASSEL DOUGLAS, *El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?, en* Revista IIDH, Vol. 29, 1999, pp. 69-94.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, Porrúa, México, 2010.

NACIONES UNIDAS, *Cláusulas Finales de Tratados Multilaterales, Manual*, Naciones Unidas, 2003.

NACIONES UNIDAS, *Manual de Tratados, Oficina de Asuntos Jurídicos,* Naciones Unidas, 2001.

RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, *Tratados sobre Derechos Humanos, El Sistema de Reservas*, Porrúa, ITAM, México, 2005.

REUTER, Paul, *Introducción al Derecho de los Tratados,* UNAM, FCE, México, 1999.

Índice

I. Introducción

Un tratado internacional puede ser redactado de maneras diferentes. Sin embargo todo tratado incluye un título, un preámbulo, el texto principal, cláusulas finales también llamadas disposiciones generales, fórmula de conclusión, bloque de firmas y los anexos si proceden. En general las cláusulas generales de un tratado se refieren a aspectos procesales y no sustantivos del mismo. Una vez adoptado un tratado produce algunos efectos jurídicos aún antes de su entrada en vigor, así, las disposiciones generales, por su naturaleza y objetivo, son aplicadas inmediatamente, tal y como lo establece el párrafo 4 del artículo 24 de la CDVT de 1969, es más sino se aplican de manera inmediata, el tratado no podrá entrar en vigor:

> 4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

Las disposiciones generales de un tratado juegan un papel fundamental en relación con el resto del tratado, ya que determinan entre otras cosas el inicio de vigencia del mismo, su posible modificación, a través de enmiendas o reservas así como la posible terminación de las obligaciones convencionales. En muchas ocasiones, dichas disposiciones, son percibidas como meras cláusulas formales que son copiadas o adaptadas de otros tratados similares, sin embargo son esenciales para la operatividad del tratado. La redacción clara y precisa de dichas cláusulas hace posible el funcionamiento del tratado, su aplicación por parte del depositario y las partes además de que pueden tener consecuencias importantes para el fondo del tratado, como por ejemplo la cuestión de las reservas.

Hay diferentes cuestiones de un tratado que son reguladas por las cláusulas generales del mismo, algunos ejemplos son los mecanismos de solución de controversias, enmiendas, duración, terminación o denuncia, inicio de vigencia, firma, ratificación o adhesión, depositario del tratado, aplicación provisional, aplicación territorial, registro etc. La inclusión o no de algunas de estas cláusulas depende del contenido y la naturaleza del tratado.

En el caso de la CADH, las disposiciones generales del tratado regulan los siguientes aspectos:

1. Firma, ratificación y adhesión.
2. Entrada en vigor.
3. Depositario.
4. Reservas.
5. Enmiendas.
6. Protocolos Adicionales.
7. Denuncia.

Además la Convención contiene cuatro disposiciones transitorias que se refieren a al proceso de candidaturas y elección de los miembros de la Comisión IDH y de los jueces de la Corte IDH que formarían parte de dichos órganos cuando la Convención entrara en vigor. A continuación nos referiremos a cada uno de los actos anteriores propios del proceso de celebración de los tratados.

II. Firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor y depositario

En las disposiciones generales de los tratados se especifican los Estados, organizaciones internacionales y otras entidades que pueden ser parte del tratado. La Convención Americana es un tratado regional de derechos humanos adoptado en el seno de la OEA y abierto a la participación de todos los Estados miembros de dicha organización. Las partes negociadoras de la Convención, consideraron que dada la

naturaleza de la misma, ser un tratado sobre derechos humanos, la misma es un tratado entre Estados no abierto a las organizaciones internacionales ni otras entidades.

Para ser parte de un tratado multilateral, un Estado debe de expresar por medio de un acto concreto su consentimiento de quedar obligado por el tratado. Existen varias maneras por las cuales el Estado puede expresar dicho consentimiento, las formas más usadas son la firma *definitiva*, la ratificación, la aprobación y la adhesión (artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969).

El artículo 74 de la Convención Americana dispone que la misma queda abierta a la firma y la ratificación o adhesión. Lo anterior supone, primero, que la firma está abierta indefinidamente, es decir no está sujeta a un período de tiempo. La mayor parte de los tratados de derechos humanos, adoptan ésta fórmula; y segundo, que se trata de una firma *simple* que está sujeta a ratificación. La firma simple, no constituye una manifestación del consentimiento de obligarse por el tratado, sino es una manifestación de la intención del Estado de adoptar medidas positivas que le permitan expresar su consentimiento de vincularse por el tratado en una fecha posterior. Sin embargo, la firma crea para el Estado signatario la obligación de abstenerse de actos que frustrarían el objeto y fin del tratado mientras dicho Estado no haya manifestado de forma clara su intención de no llegar a ser parte del tratado, éste principio fundamental se encuentra consagrado en el artículo 18 de la CVDT de 1969. La firma simple le otorga, asimismo algunos derechos al Estado signatario: está autorizado a hacerse parte del tratado que ha firmado y tiene derecho a recibir comunicaciones y notificaciones del depositario relativas a dicho tratado. En el caso de la Convención Americana, existen Estados miembros de la OEA, como Canadá y Santa Lucía que no han firmado el tratado, o el caso de *Estados Unidos que sólo lo ha firmado pero sin ratificarlo. Como ya lo señalamos, al haber firmado la Convención, Estados Unidos ha manifestado una intención de llegar a ser parte del tratado y, por ello, está obligado a no frustrar el objeto y fin del mismo, que es la protección de los derechos humanos en las Américas.*

La mayoría de los tratados multilaterales prevén que los Estados expresen su consentimiento en obligarse mediante la firma sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Tal es la fórmula que adopta la Convención Americana. Dicha fórmula permite que los Estados dispongan de tiempo para procurar la aprobación del tratado a nivel interno y promulgar la legislación nacional que sea necesaria para aplicar el tratado antes de asumir las obligaciones jurídicas del tratado a nivel internacional.

Un Estado también puede expresar su consentimiento de obligarse por un tratado mediante la adhesión. La adhesión tiene los mismos efectos jurídicos de la ratificación, es decir, constituye la manifestación del consentimiento de obligarse. La adhesión a diferencia de la ratificación no está precedida de la firma. La adhesión es utilizada por aquellos Estados, que por cualquier motivo no pueden firmar el tratado. Esto puede ser, porque la fecha de la firma del tratado ya ha trascurrido o cuando circunstancias internas del Estado impiden la firma. En el caso de la Convención Americana, Estados como Brasil, Bolivia y México manifestaron su consentimiento de vincularse por la misma a través de la adhesión.

Para que un tratado multilateral resulte vinculante según las normas del derecho internacional, es necesario que cumpla las condiciones para su entrada en vigor establecidas en dicho tratado en las disposiciones generales del mismo. Por lo general cada tratado establece la fecha o el método de entrada en vigor del mismo. El método adoptado por la Convención Americana es el siguiente “la Convención entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión”. Es decir, la Convención condiciona su entrada en vigor a la fecha en que se alcance un número de Estados (11) que depositen el instrumento que expresa su consentimiento en obligarse por la misma. La Convención Americana expresa que la misma entrará en vigor “tan pronto” como se depositen 11 instrumentos de ratificación o adhesión, esto implica que entró en vigor inmediatamente después del depósito del onceavo instrumento de ratificación o adhesión. A diferencia de otros tratados que establecen que debe de trascurrir un período de tiempo determinado entre la fecha del depósito del número de instrumentos requeridos y la fecha de la entrada en vigor. Así la Convención Americana entro en vigor el 18 de julio de 1978 cuando fue depositado el instrumento de ratificación de Grenada.

Una vez que la Convención entró en vigor, al reunirse los requisitos establecidos en la misma, existe el tratado como norma y rige a partir de dicha fecha las relaciones de los Estados contratantes, en el caso de la Convención entre los once Estados. Para los Estados que se adhirieron o ratificaron el tratado posteriormente a la entrada en vigor del mismo; la fecha en la cual inicia la vigencia del tratado, es decir son parte del mismo, es aquélla en la que hayan hecho el depósito su instrumento de ratificación y adhesión, tal y como lo señala la Convención de Viena de 1969 en su artículo 24.3.

El artículo 74.3 de la Convención Americana, señala que el Secretario General de la OEA deberá de informar a todos los Estados miembros de la organización de la entrada en vigor de la Convención, función que le corresponde en su calidad de depositario del tratado. La proliferación de los tratados multilaterales y el aumento de las partes de los tratados dieron lugar a la creación de la figura del depositario. Inicialmente sólo eran depositarios los Estados, pero con el surgimiento de las organizaciones internacionales y con el incremento de los tratados adoptados en el seno de las mismas, dichos organismos, a través de sus Secretarías, son en la actualidad, depositarios de la mayor parte de los tratados multilaterales. La custodia de la Convención Americana, se le ha confiado al Secretario General de la OEA. Las funciones del depositario están establecidas en los artículos 76 y 77 de la Convención de Viena de 1969.[1]

III. Reservas

La cuestión relativa a las reservas a los tratados multilaterales ha sido una de las cuestiones más controvertidas del derecho internacional contemporáneo. Hasta hace muy poco existía un acuerdo general, de que existían dentro del derecho de los tratados, reglas claramente establecidas sobre este asunto, particularmente en lo referente a la admisibilidad de las reservas. Sin embargo, estas reglas han sido objeto de discusión y posteriormente de cambios.[2]

Las reservas se definen como actos unilaterales, que excluyen o limitan efectos del tratado, *siempre y cuando, no se refieran a disposiciones sustantivas del mismo*, esta definición fue utilizada por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre *Reservas a la Convención para Prevenir y sancionar el Delito de Genocidio* y posteriormente por la CVDT, la cual define una reserva como:

> Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado, al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.[3]

La CVDT de 1969, establece que una reserva es una declaración unilateral, es decir, una declaración hecha fuera del tratado y no dentro del mismo; sin embargo, este acto unilateral no produce ningún efecto jurídico hasta que sea aceptado, de un modo u otro, por otro Estado; es decir, el origen de la reserva es un acto unilateral, si fuera un acto bilateral o multilateral, ya no sería una reserva, sino una cláusula acordada dentro del tratado y por lo tanto, parte del mismo.[4]

De acuerdo con lo establecido en la CVDT de 1969, la reserva es una declaración *cualquiera que sea su nombre o denominación* que pretende excluir o modificar ciertos efectos de un tratado, por lo que lo que importa es si es una de éstas la intención de un Estado al hacer una declaración unilateral respecto de un tratado, no el nombre de dicha declaración, ya que puede haber ciertas declaraciones, como las

[1] Entre las funcione del depositario se encuentran: la custodia del texto original del tratado, recibir los instrumentos de firma, ratificación y adhesión, informar a los Estados partes y a los Estados facultados para serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado; informar a los Estados facultados para ser partes de la fecha en que se hayan depositado el número los instrumentos de ratificación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado.

[2] Ruda J.M, “Reservations to treaties”, Recuiel des Cours del’Academie de Droit International, 1975 III, La Haya, 1975, p. 101.

[3] Artículo 1 d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

[4] Ruda J.M. *Op. cit.* p. 105.

denominadas declaraciones interpretativas,[5] declaraciones obligatorias y las declaraciones facultativas,[6] que pueden ser una declaración general de política de un Estado, o bien tener cierto contenido que aduce a ciertos procedimientos internos, que no deben de ser consideradas como reservas. Sin embargo, puede suceder lo inverso, que un Estado pretenda disfrazar de meras declaraciones interpretativas, verdaderas reservas.

Continuando con lo establecido por el artículo 2 párrafo 1 (d) de la Convención de Viena, observamos que las reservas tienen que ser hechas en el momento de firmar, ratificar, aprobar o bien adherirse a un tratado; si el tratado no entra en vigor con la firma, la reserva hecha en el momento de ésta tiene que ser ratificada.

La reserva o reservas formuladas por un Estado a ciertas disposiciones de un tratado, pretenden "excluir" ciertos efectos particulares del tratado, lo que tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados, es reconocida como el tipo común de reservas. Por otro lado, el término "modificar" puede tener dos posibles significados, puede implicar una declaración restrictiva o bien una declaración extensiva, sin embargo, ha sido aceptado tanto por la doctrina, como por la Corte, que el término modificar solamente puede entenderse como una declaración restrictiva de ciertas disposiciones del tratado, ya que una declaración extensiva implicaría una renegociación del tratado, cuando la negociación del mismo ya se encuentra cerrada.

Un tópico relacionado con las reservas son las modificaciones o enmiendas[7] de los tratados, por lo cual es conveniente hacer una distinción. Las modificaciones, modifican una o más disposiciones del tratado mismo, nos referiremos a ellas en un apartado posterior, en el caso de las reservas, el tratado no cambia; son las obligaciones asumidas por el Estado reservante en virtud del tratado las que sufren un cambio.

La figura de las reservas se encuentra directamente relacionada con los tratados internacionales de carácter multilateral, y permiten a las partes vinculadas en los mismos a excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones convencionales. En el caso de los tratados bilaterales, la formulación de una reserva por una de las partes, revela su intención de modificar o invalidar la disposición en cuestión, en realidad lo que se está formulando es una oferta de renegociación. En el curso de la Conferencia de Viena, varias delegaciones como China, Chile, Hungría, propusieron la adición de la palabra multilateral antes de la palabra tratado en el artículo 2, párrafo 1 (d), sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, y la Comisión de Derecho Internacional de la ONU mantuvo su postura de la posibilidad de reservas en los tratados bilaterales, aunque consciente de que la aparición de éstas en los mismos, implicaba una reapertura de las negociaciones. Ahora, en términos fácticos la cuestión de las reservas, se vincula con los tratados internacionales de carácter multilateral.

En el caso de las reservas a un tratado multilateral, no existe ningún problema si las demás partes aceptan las reservas, sin embargo pueden existir diversos efectos legales, si algunos Estados aceptan las reservas presentadas por un Estado, y otros Estados objetan dichas reservas. Las reservas en los tratados multilaterales son cada vez más comunes, y esto ha hecho que, los depositarios de dichos tratados, que en muchas ocasiones, son organismos internacionales, se vean ante una situación en la cual tengan de decidir sobre la validez de las reservas, cuándo y cómo deben de ser consideradas como aceptadas, y cuáles son los efectos para aquellos que han aceptado las reservas, y para aquéllos que han objetado las mismas.

[5] La cuestión de las declaraciones interpretativas fue tomada en cuenta por la CDI, en la elaboración de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, pero la Comisón de Derecho Internacional decidió no incluirla en el artículo 2, párr. 1 (d) de la Convención.

[6] Este tipo de declaraciones son las que formulan los Estados cuando aceptan la competencia de organismos de supervisión de derechos humanos. Tal y como se establece en el artículo 62 de la Convención Americana, respecto de la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[7] *Cfr.* La parte IV, artículos 39 al 41 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969.

Dicha institución jurídica ha sido regulada y desarrollada dentro del Derecho de los Tratados, lo que en buena manera demuestra la relevancia de la misma en la aplicación de los tratados así como en los efectos jurídicos de los mismos. La importancia de las reservas dentro del Derecho de los Tratados, es que permiten a los Estados adaptar sus obligaciones convencionales a sus intereses y posibilidades, las reservas confirman con ello la regla general del derecho internacional, las obligaciones surgen de la voluntad de las partes, por un lado y por otro, confirman el relativismo del derecho internacional.

Las razones por las que un Estado puede querer reservarse ciertas disposiciones de un tratado pueden ser entre otras:

- El Estado, por un lado desea ser parte del tratado, pero al mismo tiempo, no está de acuerdo con ciertos puntos sustantivos que considera están en contra de sus intereses.

- El Estado quiere ser parte del tratado, pero al mismo tiempo no quiere obligarse por ciertas disposiciones procedimentales del mismo, como las relativas a la solución de controversias establecidas en una cláusula compromisoria.

- El Estado considera que algunas disposiciones del tratado no son compatibles con su derecho interno.

- El Estado federal no quiere aplicar el tratado a todo su territorio, debido a la división de competencias establecidas en su derecho interno. (reserva a la cláusula federal).[8]

Los procesos domésticos de aprobación de los tratados son cada vez más democráticos, y constituyen una fuente importante de reservas presentadas por los Estados.

1. La regulación específica de las reservas en los tratados de derechos humanos

Si revisamos el gran número de tratados sobre derechos humanos que existen, así como las reservas formuladas a los mismos, observamos que, algunos tratados de esta categoría no regulan el aspecto de las reservas, otros por el contrario, prohiben cualquier tipo de reserva y un tercer grupo que incluye una autorización general para formular reservas. Analizaremos a continuación los distintos regímenes de reservas establecidos en las convenciones sobre derechos humanos.

Algunos tratados prohiben las reservas: un grupo de tratados adoptan una posición rígida frente a las reservas prohibiéndolas en su totalidad, así los Estados asumen todas las obligaciones establecidas en dichas convenciones sin tener la posibilidad de transformarlas o excluirlas.

Otros las permiten: frente a la posición anterior surgen tratados que conceden casi una autorización general para reservar sus disposiciones.[9]

A veces se establecen listas: algunos establecen una lista de reservas prohibidas, mientras otros establecen una lista de reservas permitidas, o bien pueden adoptar un criterio mixto.[10]

Algunos exigen el cumplimiento de algunas condiciones, no sé prohibe la formulación de reservas, sino que se condiciona.

Otros remiten a la Convención de Viena de 1969.[11]

---

[8] Edwards Richard. W., “Reservations to Treaties” en Michigan JIL, 10, Spring 1989, 2, p. 363.

[9] La Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer de 1952 establece en su artículo VII: “en caso de que un Estado formule una reserva a cualquiera de los artículos de la presente Convención en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión el Secretario General comunicará el texto de la reserva a todos los Estados que sean partes en la presente Convención o que puedan llegar a serlo”. Esta es una autorización casi general, el límite lo establece el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del propio tratado.

[10] Dentro del primer grupo encontramos a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 42), y a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1953 (artículo 38). En el segundo grupo esta el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (artículo 7).

[11] El artículo 75 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 señala: “[e]sta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969”.

Algunos establecen como límite de manera expresa el objeto y fin del tratado, adoptando la fórmula de la opinión consultiva de 1951.[12]

Algunos otros crean un sistema mixto; exigen que las reservas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, pero la decisión sobre la incompatibilidad o compatibilidad de las reservas queda en manos de una decisión colegiada. Este mecanismo busca lograr el equilibrio entre la mayor participación de Estados y la uniformidad de las obligaciones y derechos protegidos.[13]

Otros tratados guardan silencio respecto de la cuestión de las reservas, lo que significa, según el criterio establecido por la CIJ, que las reservas están permitidas.[14]

2. Declaraciones interpretativas y reservas

Las reservas son declaraciones unilaterales de los Estados hechas en el momento de firmar, ratificar, o adherirse, un tratado internacional. Sin embargo es posible que los Estados realicen otro tipo de declaraciones, las llamadas *declaraciones interpretativas.*[15] Sin duda hay una nota que caracteriza a las declaraciones interpretativas: la ambigüedad. La posibilidad de realizar tales declaraciones casi nunca se desprende de los tratados;[16] dicha posibilidad ni siquiera está contemplada en la CVDT de 1969, sin embargo existe una amplia práctica de los Estados que demuestra que cuentan con dicha posibilidad.

La ambigüedad de las declaraciones hace difícil distinguirlas de las reservas y los efectos de éstas, por lo que algunas veces, al examinar el contenido de una declaración, observamos que en realidad se trata de una reserva, y de ser así deberá de someterse al régimen establecido para éstas. *Ya que los Estados, algunas veces, ocultan bajo ésa denominación auténticas reservas. Lo importante en el momento de distinguir entre una reserva y una declaración interpretativa no es su denominación sino su contenido y objeto.*

Revisando la práctica de los Estados respecto de los tratados de derechos humanos, observamos que éstos formulan tanto reservas como declaraciones interpretativas y que en la mayoría de los casos, los textos de los convenios sobre la materia no suelen referirse a las segundas.

Así podemos encontrar declaraciones interpretativas en sentido estricto a convenciones sobre derechos humanos, como algunas hechas a la CADH. Como ejemplo citaremos el caso de Argentina, quien al momento de ratificar la Convención Americana (Pacto de San José) hizo una reserva y 3 Declaraciones Interpretativas el contenido de las dos primeras declaraciones es el siguiente, a la última nos referiremos con posteridad:

a. Declaraciones interpretativas

El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido de que la pena no puede transcender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes

[12] Tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 51) y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (artículo 28).

[13] El artículo 20, párrafo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, establece: “[n]o se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan reservas a la misma”.

[14] Tal es el caso de la Convención sobre la Prevención y castigo del Delito de Genocidio y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

[15] En sentido estricto una declaración interpretativa no pretende excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones convencionales, sino precisar el sentido de las mismas.

[16] La Convención de las naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que prohibe cualquier tipo de reservas, permite, en su artículo 310, que los Estados realicen “declaraciones y manifestaciones”.

En artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente".[17]

Otras son las denominadas "declaraciones políticas", dentro de las cuales se encuentran las denominadas "reservas de no reconocimiento". En realidad estas son declaraciones de tipo político mediante las cuales un Estado se pronuncia respecto de otro. Por ejemplo respecto de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, encontramos la siguiente declaración "La adhesión de los Emiratos Árabes Unidos a dicha Convención no constituye de ningún modo un reconocimiento de Israel ni el establecimiento de ninguna relación convencional con él". Esta declaración surte el mismo efecto que una objeción calificada aunque en realidad no lo sea. Dichas declaraciones tienen por objeto el no reconocimiento de Estados, aunque últimamente han surgido también declaraciones de no reconocimiento de gobiernos. En la práctica, el Secretario General, en su función de depositario, a calificado este tipo de declaraciones como objeciones.[18]

Relacionadas con las anteriores se encuentran aquellas declaraciones que se refieren a disputas o reinvindicaciones territoriales. Como la declaración de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece que la presentación por España del consentimiento no ha de interpretarse como el reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativos a los espacios marinos de Gibraltar, que no estén comprendidos en el artículo 10 del *Tratado de Utrecht* de 13 de julio de 1713 entre España y Gran Bretaña.

Otras constituyen verdaderas reservas, ya que excluyen o modifican algunas obligaciones convencionales. La tercera de las declaraciones argentinas al Pacto de San José, respecto del artículo 10 que obliga al Estado a indemnizar en caso de error judicial establece que: el artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el "error Judicial" sea establecido por un tribunal nacional. Parece que el sentido verdadero de esta declaración es que se trata de una reserva; así, si el error judicial es determinado por la Corte Interamericana y no por un tribunal argentino, este artículo no se aplica, por lo que esta declaración es una verdadera reserva que excluye, aunque de manera parcial, los efectos del artículo 10.

Varios órganos creados por los mismos tratados internacionales de derechos humanos se han pronunciado, respecto de declaraciones interpretativas que en realidad se trataban de reservas, en su momento lo hizo la Comisión Europea de Derechos Humanos, hoy en día continúa con esta labor el TEDH, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y la Corte Interamericana a estos casos que nos referiremos cuando analizaremos el papel de éstos órganos en la aplicación de los tratados correspondientes.

La posible confusión entre los efectos jurídicos de las reservas y las interpretaciones declarativas podría justificar la propuesta hecha por Cesar Sepúlveda durante la 21° sesión de la Comisión Plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados del 10 de abril de 1968, de una vez aceptada la distinción entre ambas instituciones jurídicas dotar a las declaraciones interpretativas de un régimen jurídico adecuado dentro de la Convención de Viena de 1969.

El tema de las reservas a los tratados de derechos humanos, no es nuevo ya que estuvo en la base de la Opinión Consultiva de 1951, y como hemos visto ha sido tema de análisis de la Comisón de Derecho Internacional.[19] Sin embargo su actualidad viene dada por una serie de fenómenos que los redactores de la Convención de Viena de 1969 no pudieron prever: la masiva adhesión de países a los tratados

[17] OEA, Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos, Secretaría General OEA, Washington, D.C, 1996, p.61.

[18] Existe otro tipo de declaraciones que se han denominado "declaraciones de buenos deseos" como la que hizo la República Dominicana al momento de firmar la Convención Americana el 7 de septiembre de 1977: "La República Dominicana al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aspira (a) que el Principio sobre la Proscripción de la Pena de Muerte, llegue a ser puro y simple, de aplicación general para los Estados de la región americana."...

[19] Como vimos, sobre todo en el Segundo Informe del Relator Especial Pellet, CDI, A/CN.4/477/add.1 del 13 de junio de 1996.

de derechos humanos ha hecho del universalismo una realidad; sin embargo, al mismo tiempo dichos Estados han formulado una serie de reservas que limitan en gran medida la aplicación y efectividad del tratado. Ciertamente el contexto político internacional actual ha sido importante para la expansión de los tratados de derechos humanos, sin embargo los Estados no han estado del todo dispuestos a obligarse de manera total a lo establecido en los mismos.

La posibilidad de formular reservas, puede provocar que los Estados se sientan más confiados de sus posibilidades de cumplir con las consecuencias iniciales de la ratificación, como sería la implementación interna de medidas tomando en cuenta su desarrollo, tanto material como cultural. El hecho de que un Estado haya ratificado un tratado de derechos humanos, en la mayoría de los casos es un genuino signo de que tiene buenas intenciones y que no se trata de un acto de propaganda, sin embargo, lo cierto es que la capacidad de los Estados para implementar derechos humanos requiere mucho más que la ratificación de un instrumento formal, como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales que dependen para su implementación del presupuesto estatal. Además de que no todas las normas de derechos humanos establecidas en tratados son autoejecutables, sino existen otras que requieren actos positivos y de incorporación por parte de los Estados, y muchas veces las reservas permiten a los Estados reconocer que no están listos para la implementación de dichas normas o bien las reservas pueden responder a que ciertas disposiciones del tratado entran en conflicto con ciertos preceptos religiosos como sería el caso de los Estados islámicos.

Entender la variada capacidad de los Estados para implementar normas de derechos humanos es un acercamiento importante al problema de las reservas que permite además saber qué podemos esperar de ellos. Parece ser que no importa que tan universales sean las aspiraciones respecto de los tratados de derechos humanos, es claro, que en la actualidad muchos Estados no están en la posición de garantizar totalmente los estándares existentes, dejemos que lo hagan en un futuro como parte del desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos. La formulación de reservas a los tratados de derechos humanos constituye la formalización de esta posición. Sin embargo, es cierto que algunos Estados formulan reservas que lo que implican es que el Estado reservante no realiza un verdadero compromiso con el objeto y propósito del tratado que está ratificando, las reservas solamente pueden ser aceptables si no frustran el objeto y fin del tratado.

Lo cierto es que los tratados de derechos humanos, como tratados que son, descansan en la manifestación de voluntad consensual de los Estados parte, es decir, *los Estados sólo asumen obligaciones que han aceptado voluntariamente.* Así pareciera que el carácter especial de los tratados de derechos humanos, no se desprende de su estructura interna o de su carácter normativo, parece ser que su naturaleza aparte y específica viene dada del hecho que los tratados de derechos humanos crean órganos encargados de supervisar su aplicación. Dichos órganos, por voluntad de las partes, tienen la atribución de supervisar el cumplimiento del tratado por las partes contratantes. La existencia de organizaciones internacionales, universales y regionales, ha facilitado la existencia de dichos mecanismos.

b. El régimen de reservas de la CADH

Respecto del régimen de reservas de la Convención Americana, la Comisión IDH presentó un proyecto que fue el discutido en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, en noviembre de 1969 en San José de Costa Rica.

El texto original del proyecto fue el siguiente:

> El Estado Parte podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, formular reservas si una norma constitucional vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la Convención. La reserva debe de ir acompañada del texto de la norma a que se refiere.

> La disposición que haya sido objeto de alguna reserva no se aplicará entre el Estado reservante y los demás Estados Partes. Para que la reserva surta este efecto, no será necesaria la aceptación de los demás Estados Partes.

Las enmiendas propuestas a este texto fueron las siguientes:

> En el 1 párrafo (tercera línea), después de "constitucional" agregar las palabras "o legal", pero posteriormente se pidió su eliminación cuando se observó que podía haber conflicto con la disposición (actual art. 2) que establecía el deber de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención;
>
> Agregar en lo relativo al momento en que puede hacerse la reserva, el momento de la firma; incluir un párrafo 3 que diga: "[e]n cualquier momento todo Estado que haya formulado una reserva podrá retirarla, y se notificará ese retiro en la forma pertinente". Eliminar el párrafo 2 por ser contrario a la Convención de Viena.

Este proyecto sobre el sistema de reservas que debía adoptar el Pacto de San José finalmente no pasó, no obstante las enmiendas propuestas. La delegación de Estados Unidos insistió en la eliminación del artículo, o en su defecto, que se le sustituya por otro que simplemente haga referencia a que en materia de reservas se aplicaría la CVDT.

Esto generó un debate muy amplio que concluyó con una propuesta de artículo por parte de la delegación uruguaya, que es la norma vigente de la Convención.[20] La Convención Americana contiene una disposición específica respecto del régimen de reservas aplicable a la misma, que en realidad, lo que hace es remitir a los principios establecidos de la Convención de Viena de 1969.[21]

De acuerdo con esto, la regla general es que las reservas están permitidas, con la limitación de que sean compatibles con el objeto y fin del tratado y que cumplan con los requerimientos formales, que sean presentadas por escrito en el momento en que el Estado exprese su consentimiento de obligarse por la Convención. Esto implica el establecimiento de un sistema bastante flexible de reservas, atenuado de manera importante con el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del Pacto de San José.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en cuestiones relativas a los efectos de las reservas a la Convención, a través de su función consultiva, y lo que hizo fue remitirse a la Convención de Viena refiriéndose en particular a los artículos 19 y 20. En primer lugar dejó claro que el Pacto de San José permite reservas cuando son compatibles con el objeto y fin de la misma, es decir se aplica el artículo 19 apartado c), ya que los apartados a) y b) son inaplicables a la Convención Americana.

También determinó que los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de la Convención de Viena no son aplicables; en cuanto a los casos de aceptación y objeción de reservas que establece el artículo 20.4, consideró que dichos supuestos no son aplicables dada la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, para la Convención Americana sería aplicable solamente el párrafo 1 del artículo 20, es decir, las reservas no necesitan de la aceptación de los demás Estados contratantes.[22]

En la segunda opinión consultiva en la que la Corte se pronunció sobre la cuestión de reservas, fue respecto de las reservas formuladas por Guatemala cuando ratificó la Convención.[23] En dicho asunto la

---

[20] Salgado Pesantes, Hernán", Las reservas en los tratados de derechos humanos", en Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Vol. I, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, 1998. p. 4.

[21] Artículo 75: Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. Como podemos ver, se trata de tratados contemporáneos.

[22] *Cfr*. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75),* CIDH, Opinión Consultiva OC-2 del 24 de septiembre de 1982, Serie A: Fallos y Opiniones N° 2.

[23] El Gobierno de Guatemala al ratificar la Convención, el 25 de mayo de 1978 formuló a una reserva al artículo 4 inciso 4 de la misma, ya que en ese entonces, la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluía de la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos. El Gobierno de Guatemala retiró dicha reserva el 20 de mayo de 1986, por carecer de sustento constitucional a la luz del nuevo orden jurídico vigente.

Corte estableció que toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos y esenciales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe de ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por esta.[24]

En este caso la Corte estableció una conexión entre las reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado y los derechos no derogables, sin embargo esta relación sólo existe cuando el fin de la reserva sea privar del disfrute de uno de estos derechos, y no cuando el objeto de la reserva sea simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable.

Si esto es así ¿cómo se controla que las reservas sean compatibles con el objeto y fin del tratado?. Parecería entonces que el control de las mismas tendría que ser institucionalizado, de algún modo ya lo ha hecho *la Corte Interamericana a través de las opiniones consultivas, ¿pero esta facultada para hacerlo en un caso contencioso?. De acuerdo con el artículo 62.3 de la Convención, la Corte tiene la competencia para aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José, por lo tanto podría interpretar el artículo 75 que establece el sistema de reservas, para resolver un caso contencioso y estaría obligada a aplicar el principio de compatibilidad con el objeto y fin de la Convención.*

Nueve Estados presentaron reservas[25] con algunas declaraciones interpretativas.[26] Algunas de las reservas son relativas al artículo 8 donde se establece el derecho al debido proceso. Algunas limitan derechos y libertades fundamentales, inclusive algunos derechos que bajo la misma Convención no son suspendibles, ni aún situaciones de emergencia.[27]

Algunas de las reservas afectan las condiciones establecidas en la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte.[28] Otras reservas se refieren al artículo 5 de la Convención que consagra el derecho a la integridad personal, en el sentido de que dicho artículo no debe de entenderse como que prohíbe el castigo corporal. La República Dominicana hace ciertas reservas a disposiciones del Pacto de San José, en el sentido de que dichos artículos deben interpretarse a la luz de las disposiciones de la Constitución.[29]

---

[24] *Restricciones a la pena de muerte (art. 4.2 y 4.4),* CIDH, Opinión Consultiva OC-3, Serie A: Fallos y Opiniones N° 3, párr. 61.

[25] México, al momento de ratificar la Convención presentó dos declaraciones interpretativas y una reserva:
Declaraciones Interpretativas:
Con respecto al párrafo 1 del artículo 4 considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción" ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.
Por otra parte, en concepto del Gobierno de México, la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá de celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del artículo 12.
Reserva:
El Gobierno de México hace reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

[26] Argentina, Barbados, El Salvador, Guatemala, México, Uruguay, Venezuela, Trinidad y Tobago, República Dominicana.

[27] Artículo 27 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

[28] Las reservas de Bardados, Trinidad y Tobago y República Dominicana. La reserva de Trinidad y Tobago establece: con respecto al artículo 4 (5) de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago formula una reserva por cuanto en las leyes de Trinidad y Tobago no existe la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas mayores de setenta (70) años de edad.

[29] Dicha reserva la hace respecto del artículo 21.2 (prohibición de privación de bienes) y del artículo 27.1 (condiciones que permiten la suspensión de derechos).

Por su parte El Salvador realiza una reserva en la cual salvaguarda las disposiciones de su Constitución respecto de la aplicación de la Convención.[30]

Algunas de las reservas presentadas al Pacto de San José comparten la característica de ser extremadamente vagas, lo que da, potencialmente un amplio rango de interpretación. La Convención adopta un sistema liberal, es realmente tolerante respecto de las reservas que pueden formular los Estados, incluyendo aquellas que se relacionan con normas internas, el carácter liberal del sistema traslada aunque de una manera tímida, a los órganos del sistema, la posición de valorar las reservas y determinar la validez de las mismas.

c. Reservas a la competencia contenciosa de la Corte IDH

De acuerdo con la Convención Americana el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte se realiza por los Estados parte a través de una declaración, según lo establece el artículo 62 de la misma:

> 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la aplicación o interpretación de dicha Convención.
>
> 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá de ser presentada al secretario general de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al secretario de la Corte.
>
> 3. La Corte tiene competencia de reconocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Como se desprende del citado artículo la aceptación de la jurisdicción de la Corte la hacen los Estados a través de una declaración facultativa, la cual no implica un cambio fundamental de los términos en que fue ratificada la Convención Americana; sin embargo, esto no parece ser así bajo la óptica de algunos Estados como México y Trinidad y Tobago los cuales pretenden hacer una reinterpretación de los términos en que fue aceptada la Convención. Ejemplifiquemos esto con el caso de México:

> 1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
>
> 2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.
>
> 3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.

Si hacemos una interpretación correcta del artículo 62.1 de la Convención, según lo que establece la Convención de Viena (artículos 31, 32 y 33) parece que dicho artículo no permite la celebración de ningún tipo de reservas como la que se pretende. Independientemente de las consideraciones particulares

[30] Se ratifica la Convención Americana haciendo la salvedad de que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquéllas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución de la República.

que tengamos sobre la aplicación del artículo 33 constitucional[31] en materia de derechos humanos, la aceptación de dicha reserva llevaría implícita la reserva por parte del gobierno mexicano de una serie de derechos consagrados en la Convención para el caso de los extranjeros. Es decir implicaría reservas a la Convención misma de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8 (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) entre otros. Esto no es posible de acuerdo con el derecho de los tratados, ya que las reservas a los mismos solamente pueden ser hechas en el momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado y, dicho consentimiento lo manifestó México en 1981, además de que va en contra del objeto y fin del tratado.

Por otro lado, una reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. De acuerdo con esta definición existe una referencia directa a los artículos específicos del tratado internacional los cuales pretende reservarse el Estado porque de algún modo afectan sus intereses; en el caso planteado no hay una referencia específica a una norma del tratado, sino que es una reserva general a la competencia de la Corte y a la Convención misma en todo lo que se oponga a la aplicación del artículo 33 constitucional el cual es derecho interno del Estado. Habría que analizar si esta reserva formulada de este modo no viola el artículo 27 de la CVDT.[32]

El gobierno mexicano pretende fundamentar su reserva en la supuesta práctica de los Estados Parte de la Convención para excluir ciertos tipos de caso de la competencia de la Corte y utiliza como ejemplos los casos de Argentina y Chile,[33] los cuales en realidad no tienen nada que ver con la reserva propuesta por México. En el caso de Argentina, lo que hizo en el momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte, fue hacer referencia explícita en la declaración de las reservas que había formulado en el momento de ratificar la Convención y el caso de Chile es de una reserva expresa a la interpretación por parte de la Comisión y de la Corte del artículo 21 de la Convención (razones de utilidad pública), esto implica en realidad una reserva a la Convención. Además de que existe una mala lectura de estas reservas la práctica mayoritaria de los Estados parte de la Convención es aceptar la competencia de la Corte sin reserva ni restricciónón alguna.

Las únicas opciones en cuanto a los términos en los que se puede hacer la Declaración son las establecidas en el artículo 62.2 de la Convención: la declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Si el punto 3 del proyecto de Declaración establece que: la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH se hace con carácter general esto se traduce en la aceptación incondicional de la competencia de la Corte, por lo que existe una contradicción entre el punto 1 y el punto 3 de la Declaración.

Con respecto al punto dos de la declaración, el cual establece el inicio de la vigencia de la competencia contenciosa de la Corte, para el caso específico de México, esto es perfectamente válido de acuerdo con el espíritu de la Convención y la práctica de los Estados referente a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de un tribunal internacional;[34] sin embargo existe una tendencia tanto nacional o

[31] De acuerdo con la Cancillería son muy pocos los casos en los que se aplica el artículo 33 y en los demás procedimientos previstos por la Ley General de Población si se respeta la garantía de audiencia, lo cual en la práctica es realmente relativo, ya que tanto las disposiciones legales como reglamentarias de la materia permiten una actuación discrecional de la autoridad. Por otro lado la utilización de términos como “permanencia inconveniente” y “extranjeros perniciosos” cuyo contenido es determinado por la autoridad, producen una gran inseguridad jurídica.

[32] El citado artículo establece la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. De este artículo se desprende la prohibición general para los Estados de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

[33] Espino, Margarita, Documento: en relación a la propuesta de Declaración que formula el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, septiembre 1998.

[34] En la práctica esto implica que casos de los que conozca actualmente la Comisión o bien hayan sido conocidos por la misma y cuyas recomendaciones México no haya cumplido no puedan ser llevados ante la Corte, (caso del General

internacional de permitir la aplicación retroactiva de una disposición o una norma que no perjudique a los particulares e inclusive los beneficie; habría que analizar si dicho principio podría aplicarse a la aceptación por parte de un Estado a la jurisdicción de un tribunal internacional.

La reserva formulada por Trinidad y Tobago a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana fue resuelta por la Corte en una sola sentencia sobre excepciones preliminaries: *Casos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago del 1 de septiembre de 2001*. La reserva fue formulada en los siguientes términos:

> con respecto al artículo 62 de la Convención Americana, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo solo en medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares.

La Corte Interamericana desestimó la reserva, considerando que era incompatible con el objeto y fin de la Convención. La reserva formulada por el Estado tendría el efecto de excluir a éste del sistema jurisdiccional, ya que subordina el ejercicio de la jurisdicción a las disposiciones de derecho interno, en forma prácticamente absoluta.

IV. Enmiendas y protocolos

En el contexto del derecho de los tratados, la enmienda es la modificación formal de las disposiciones de un tratado por las partes. Las disposiciones de un tratado pueden ser modificadas a través del procedimiento indicado en el tratado en cuestión. En el caso de la Convención Americana, las enmiendas pueden ser sugeridas directamente por los Estados parte a la Asamblea General de la OEA, o bien por la Corte o Comisión Interamericanas, a través del Secretario General de dicha organización. Así mismo se establece en procedimiento de entrada en vigor de las enmiendas, que es necesario que las mismas sean aceptadas por dos tercios de los Estados partes de la Convención, respecto de los demás Estados parte, entrarán en vigor en la fecha en que depositen el instrumento de ratificación de la enmienda.

La Delegación de Uruguay fue de la opinión que las enmiendas debían entrar en vigor no solamente para los Estados Partes que las hayan ratificado, sino también para el resto de los Estados Partes, en vista de la dificultad de cambiar la estructura o funcionamiento de los órganos de protección de derechos humanos para algunos Estados pero no para otros. Sin embargo, la mayoría estimó que no se debía de aplicar una enmienda a un Estado sin el previo consentimiento de éste por medio del proceso de ratificación.[35]

Como lo dispone la Convención Americana, una enmienda, desde su entrada en vigor, vincula sólo a los Estados que la han aceptado. Dicha regla tiene el efecto negativo de crear regímenes diferentes en virtud del mismo tratado. Un régimen se aplicará a los Estados que son partes en la enmienda, y otro régimen a los Estados que son parte únicamente en el tratado original.

Así, la Convención Americana establece disposiciones que establecen el procedimiento de enmienda de la misma:

> Propuesta de enmiendas. Pueden ser hechas por los Estados parte, la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana.

Gallardo, Ejido Morelia, Aguas Blancas, etc.) salvo que aparecieran nuevos hechos que fueran posteriores a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte por parte de nuestro país.

[35] CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969 ACTAS Y DOCUMENTOS SECRETARIA GENERAL ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS WASHINGTON, D.C. OEA/Ser.K/XVI/1.2INDICE, p. 379.

Distribución de propuestas de enmienda. El Secretario General de la OEA es el encargado de distribuir las propuestas de enmiendas a la Asamblea General de dicha organización.

Aprobación de enmiendas. Éstas deben de ser aceptadas por dos tercios de los Estados partes de la Convención. Esta fórmula deja indeterminada la fecha de entrada en vigor de la enmienda; ¿significa esto dos tercios de las partes en el tratado en el momento en que se apruebe la enmienda o dos tercios de las partes en el tratado en cualquier momento después de esa aprobación?[36]

Consentimiento de las partes en obligarse por las enmiendas. Las parte de la Convención deben de consentir formalmente en obligarse por una enmienda, después de su aprobación, mediante el depósito de un instrumento de ratificación de la enmienda.

Entrada en vigor de la enmienda. La enmienda entrará en vigor cuando se hayan depositado los instrumentos de ratificación de dos tercios de los Estados parte. Para los demás Estados en el momento en que depositen su instrumento de ratificación.

Efectos de las enmiendas. La enmienda sólo obliga a los Estados que la hayan aceptado formalmente. La Convención Americana no establece la relación de las enmiendas con los Estados que lleguen a ser parte después de la entrada en vigor de una enmienda. En éste último supuesto suponemos que aplica la regla de la Convención de Viena de 1969: “[c]uando un Estado llegue a ser parte de un tratado que haya sido enmendado, será parte en el tratado en su forma enmendada, a menos que haya manifestado una intención diferente (apartado *a)* del párrafo 5 del artículo 40).

Por su parte de la Convención Americana no ha sido objeto de modificaciones o enmiendas.

La Convención Americana en su artículo 77.1 establece la posibilidad de que cualquier Estado parte o bien la Comisión Interamericana someta a consideración de los Estados reunidos en la Asamblea General, la elaboración de protocolos adicionales a la Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos humanos. La Comisión aclaró en el texto del Artículo 78, que cualquier Estado Parte y la Comisión podían someter los proyectos de protocolos adicionales en la Asamblea General. La Comisión eliminó la referencia que aparecía en el Proyecto, de los derechos previstos en la DADDH, considerando que no se debe limitar el carácter de los derechos que podrían ser incluidos en futuros protocolos.

El artículo 77.2 señala que cada protocolo fijará las modalidades de su entrada en vigor y bajo el principio *res inter alios acta*, solamente regirá entre los Estados partes del mismo.

Un protocolo en el contexto del derecho de los tratados, tiene las mismas características que un tratado internacional, el término protocolo se utiliza para denominar los acuerdos de un carácter menos formal que los denominados acuerdos o convenciones. El objetivo de un protocolo es enmendar, complementar o aclarar un tratado multilateral. El protocolo, por lo general, está abierto a la participación de las partes del tratado del que dependen. El objetivo del protocolo es centrase de una forma más detallada en un aspecto concreto del acuerdo del que depende.

La Convención Americana posee en la actualidad dos protocolos adicionales:

1. Protocolo a la CADH relativo a la abolición de la pena de muerte.

2. Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”

[36] En su práctica, como depositario, el Secretario General de las Naciones Unidas, cuenta todas las partes en cualquier momento dado para determinar el momento en que una enmienda entra en vigor. En consecuencia los Estados que se hagan partes en un tratado después de la aprobación de una enmienda, pero antes de su entrada en vigor, se cuentan también. Naciones Unidas, Manual de Tratado, Sección de tratados de la Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, 2001, p. 24.

V. Denuncia

Un parte puede denunciar un tratado o retirarse del mismo, de conformidad con las disposiciones del tratado. Los términos "denuncia" y "retiro" expresan el mismo concepto jurídico. La denuncia es un proceso unilateral iniciado por un Estado para dar por terminados sus obligaciones jurídicas en virtud de un tratado. El tratado en cuestión sigue produciendo efectos con respecto a las demás partes del mismo.

La Convención Americana establece en el artículo 78 la posibilidad de denuncia de la misma, sujetándola a ciertos requisitos:

> La Convención sólo podrá ser denunciada después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma.
>
> La Denuncia tendrá que hacerse mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
>
> Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado denunciante, de toda obligación de la Convención anterior a la fecha en la cual la denuncia produce efectos.

Hasta hoy Trinidad y Tobago y Venezuela han denunciado la CADH.[37]

Un día antes del inicio de vigencia de la denuncia, la Comisión Interamericana sometió a la Corte el *Caso Hilaire* y subsecuentemente el *Caso Constantine* y el *Caso Benjamin*, los tres contra Trinidad y Tobago en todos estos casos, como en el *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, la Corte dejó muy claro que los hechos *sub judice* ocurrieron cuando el Estado era parte de la Convención, es decir, la denuncia no había surtido efectos, por lo tanto los hechos del caso quedaron sujetos a la competencia *ratione temporis* de la Corte.[38]

La denuncia a la Convención produce efectos un año después de que el Estado notifica la misma al Secretario General de la OEA, por lo tanto, la Corte tiene competencia para conocer de los hechos que ocurran, antes de dicha fecha y que constituyan posibles violaciones a las obligaciones consagradas en la Convención.

La Convención Americana al establecer la posible denuncia a la misma reconoce que así como los Estados se vinculan de manera soberana a los tratados, de la misma forma, pueden decidir dejar de formar parte de ellos, pero siempre y cuando lo hagan bajo los supuestos y condiciones del artículo 78. La posible denuncia de la Convención no exime a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones mientras la Convención se encuentre vigente para los mismos; la denuncia no produce efectos inmediatos, el Estado que denuncia la Convención sigue vinculado por las obligaciones de la misma hasta un año después de la notificación de la denuncia.

1. ¿Denuncia de la competencia contenciosa de la Corte IDH?

El 4 de agosto de 1999 el Ministro y el Consejero de la Embajada del Perú en Costa Rica comparecieron ante la Corte Interamericana en San José, Costa Rica, para devolver la demanda del *Caso Ivcher*

[37] " (…) El Gobierno de Trinidad y Tobago no está en condiciones de conceder que la incapacidad de la Comisión para tratar en forma expedita las peticiones relacionadas con casos de imposición de la pena capital, frustre la ejecución de esta pena legal con que se castiga en Trinidad y Tobago el delito de homicidio. La constitucionalidad de las sentencias dictadas contra las personas convictas y condenadas a muerte al cabo del debido proceso judicial, se determina ante los tribunales de Trinidad y Tobago. Por ende, existen salvaguardias suficientes para la protección de los derechos humanos y fundamentales de los prisioneros condenados. Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por este medio el Gobierno de Trinidad y Tobago notifica al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos el retiro de su ratificación de la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos". (extracto de la denuncia de Trinidad y Tobago)

[38] Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 11 de marzo de 2005, párr. 11.

Bronstein y sus anexos. Dichos funcionarios entregaron a la Secretaría una nota de fecha 2 de agosto de 1999, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, en la cual se manifiesta que:

> a) Mediante Resolución Legislativa Nº 27152, de fecha 8 de julio de 1999... el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> b) El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos…
>
> c) [E]l retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito de mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte.[39]

El retiro “inmediato” del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Perú pretendía que la Corte no conociera tanto del *Caso Ivcher Bronstein* como el *Caso del Tribunal Constitucional*. Dicho acto unilateral del Perú pretendía privar a la Corte Interamericana de su competencia contenciosa, lo cual no está previsto en la Convención Americana, por lo que dicho acto no tenía ningún fundamento jurídico. En ambos casos la Corte, aplicando el principio *compétence de la competénce* decidió que era inadmisible el pretendido retiro del Perú.

La Convención Americana es clara en cuanto a la denuncia de la Convención (artículo 78) y no permite la denuncia o el retiro de partes o cláusulas de la misma. No se desprende ni de la intención de las partes, ni de la naturaleza del tratado dicha posibilidad. Aún en la hipótesis de que tal retiro fuera posible, –hipótesis que rechaza la Corte–, no podría éste de modo alguno producir “efectos inmediatos”. El artículo 56.2 de la Convención de Viena estipula un plazo de anticipación de “por lo menos doce meses” para la notificación de un Estado parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él. A pesar de su carácter facultativo, la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional, una vez efectuada, no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance.[40]

2. ¿Denuncia de la competencia de la Comisión IDH?

Últimamente algunos Estados han hecho declaraciones sobre su intención de “retirarse” de la Comisión IDH; esto es inviable, jurídicamente hablando, hay que recordar que la Comisión se creó en un principio para velar el cumplimiento, por parte de los Estados, de la DADDH y posteriormente se integró a la Convención Americana como uno de los dos órganos con competencia para conocer de violaciones a la misma por parte de los Estados. La Comisión Interamericana es un órgano principal de la OEA,[41] por lo que la única forma de retirase de la misma sería denunciando la Carta de la Organización de los Estados Americanos, es decir dejar de ser miembro de la OEA.

[39] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 23.

[40] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* Sentencia de 24 de septiembre de 1999, (Competencia), párrs. 50-52; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrs. 51-53.

[41] Capítulo XV artículo 106 de la Carta de la OEA.

VI. Disposiciones transitorias

Las disposiciones o artículos transitorios de un tratado son medidas de carácter legal y cumplimiento obligatorio que se ponen en acción por un breve lapso de tiempo. En el caso de la Convención Americana existen cuatro disposiciones transitorias que se refieren al proceso de selección de los candidatos que integrarían por primera vez tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana:

1. Comisión IDH

Una vez que entró en vigor la Convención, el Secretario General de la OEA pidió a los Estados miembros de la Organización sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana. El Secretario preparó una lista de los candidatos, la envío a los Estados miembros de la Organización. La elección de los miembros se hizo por votación secreta de la Asamblea General y fueron elegidos los candidatos que obtuvieron mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Así, para la elección de los miembros de la Comisión participan todos los Estados miembros de la Organización ya que, la Comisión tiene competencia para conocer de casos individuales donde se denuncia la violación de la Declaración Americana de Derechos Humanos, la cual vincula a todos los Estados miembros de la Organización, en particular, aquellos que no son parte de la Convención. La Comisión fue creada en 1959 y se reunió por primera vez en 1960. Con la creación de la Convención Americana se integró a la misma como una de los órganos de supervisión y cumplimiento. La integración y la elección de los miembros de la Comisión se rige por el capítulo VII de la Convención.

2. Corte IDH

Una vez que entró en vigor la Convención, el Secretario General de la OEA pidió a los Estados que eran parte de la Convención, una lista de sus candidatos para jueces de la Corte, dentro de un plazo de noventa días. El Secretario preparó una lista de los candidatos por orden alfabético y la comunicó a los Estados partes. Dichos Estados partes votaron de manera secreta en la Asamblea General de la OEA y fueron elegidos los candidatos que obtuvieron el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes. La integración y el proceso de selección de los jueces se establecen en el Capítulo VIII de la Convención. La Corte fue establecida en 1979.

La aplicación de estas disposiciones generales y artículos transitorios es indispensable para el bueno funcionamiento de la Convención ya que se refieren al nacimiento de la Convención como norma vinculante, a la posibilidad de enmiendas o ampliación de derechos protegidos así como a la posible desvinculación de la misma. Por lo que se refiere a las disposiciones transitorias, las cuales no son muy comunes en los tratados, éstas, en el caso de la Convención, se establecieron para señalar los plazos y procesos de nombramientos de los dos órganos encargados de velar por la Convención.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana s. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Casos pendientes de sentencia (al 1 de junio de 2012)

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador, Caso 12.465, sometido a la Corte por la Comisión el 26 de abril de 2010.

Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros vs. Guatemala, Caso 12.649, sometido a la Corte por la Comisión el 30 de noviembre de 2010.

Norín Catriman y otros ("Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche") vs. Chile, Caso 12.576, sometido a la Corte por la Comisión el 7 de agosto de 2011.

Artículos y publicaciones académicas

AKERMAN SHEPS, A.P., *The Dispute over the Raposa Serra do Sol Reserve Demarcation: A Matter of Indigenous Constitutional Rights or National Sovereignty?*, 10 AMDI 273 (2010).

ALVARADO, L.J., *Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the Case of Awas Tingni vs. Nicaragua*, 24(3) Arizona Journal of International and Comparative Law 609 (2007).

AMIOTT, J.A., *Environment, Equality, and Indigenous Peoples' Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni vs. Nicaragua*, 32 Environmental Law 873 (2002).

ANAYA, S.J. & Williams, R., *The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System*, 14 Harvard Human Rights Journal 33 (2001).

ANAYA, S.J. & Grossman, C., *The Case of Awas Tingni vs. Nicaragua: A New Step in the International Law of lndigenous Peoples*, 19(1) Arizona Journal of International and Comparative Law 1 (2002).

ANTKOWIAK, T., *Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, 25(2) Berkeley Journal of International Law 268 (2007).

ARTHUR P. (Ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011.

BARELLI, M., *The Interplay Between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime*, 32 Human Rights Quarterly 951 (2010).

BENNET, T., et al. *African Perspectives on Transitional Justice*, Intersentia, Cambridge, 2012.

BERISTAIN, C.M. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010.

BERRAONDO, M. *Indigenous Peoples and Natural Resources under the Inter-American System of Human Rights: Between Privatization and the Exercise of Human Rights*. En: DE FEYTER, K. & GOMEZ ISA, F. (Eds.). *Privatization and the Exercise of Human Right in the Age of Globalization,* Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 289-323.

BERRAONDO, M. (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos,* Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

BRUNNER, L., *The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights*, 7 Chinese Journal of International Law 699 (2008).

BURGORGUE-LARSEN, L., *The Rights of Indigenous Peoples*, in Burgorgue-Larsen, L. & Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary,* Oxford University Press, Oxford, New York, 2011.

BURKE, S., *Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights*, 20 Minnesota Journal of International Law 123 (2011).

CAMPBELL-DURUFLÉ, C., *El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos*, 5 Revista *CEJIL* 65 (2009).

CASTRILLÓN ORREGO, J.D., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas*. En: BECERRA RAMÍREZ, M. (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento,* UNAM, México, 2007.

CASTRILLÓN ORREGO, J.D., *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia,* UNAM, México, 2006.

CHING SOTO, L., *Los derechos de los pueblos indígenas. El Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Zerbini Ribeiro Leão, R., *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Ensaios em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, Vol. 5, SAFE, Porto Alegre, 2005.

CHING SOTO, L., *Reparations in the Inter-American System of Human Rights: An Analysis of the Jurisprudence on Collective Cases of Indigenous Peoples and the Economic, Social and Cultural Aspects of their Reparations*, 10(10) Revista IBDH 219 (2010).

CITRONI, G. & Quintana, K.I., *Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008.

CLAVERO, B., *El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni*, 39 Revista IIDH 257 (2004).

CONTRERAS-GARDUÑO, D. & Rombouts, S. *Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights* 27 Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law 4 (2010).

CULBERSTON, R. & Pouligny, B., *Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between and Insider an Outsider Knowledge*, in Pouligny, B., Chesterman, S. & Schnabel, A. (Eds.), *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities,* United Nations University Press, Tokyo, 2008.

CUNEO, I.M. *The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System*, 22(1) Arizona Journal of International and Comparative Law 53 (2005).

DE OLIVEIRA Rebelo, MN, *O Povo Saramaka versus Suriname: Uma Análise Sob O Olhar De Clifford Geertz*, 14 Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais 95 (2011).

DEL VALLE Cóbar, D., *Violencia política y poder comunitario*, ECAP, Guatemala, 2004.

DONOSO, G., *Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach*, 49 Revista IIDH 29 (2010).

DULITZKY, A., *Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 26 *Revista IIDH* 137 (1998).

DULITZKY, A., *Cuando los afrodescendientes se transformaron en 'pueblos tribales'*, 41 El Otro Derecho 13 (2010).

DURANGO Cordero, R. *Los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 24(1) American University International Law Review 7 (2008).

ESCOBAR, A., *Worlds and Knowledges Otherwise*, 21(2) Cultural Studies 179 (2007).

ESPINOZA CUEVAS, V.; Ortiz Rojas, M.L. & Rojas Baeza, P., *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?*, Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

FUENTES, I., *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa,* 2 Revista CEJIL 69 (2006).

GILLER, J., *Caring for 'Victims of Torture' in Uganda: Some personal reflections*, en Bracken, P.J. & Petty, C. (Eds.), *Rethinking the Trauma of War*, Free Association Books, Londres, 1998.

GÓMEZ Isa, F. (Coord.), *El Caso Awas TIngni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

GÓMEZ, N., *Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities*, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008.

GONZÁLEZ Volio, L., *Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua,* 41 Revista IIDH 317 (2005).

GUERRA González, G., *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.

HAMBER, B., *Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on reparations in Societies in Transition*, en De Greife, P. (Ed.), *The Handbook for Reparations*, Oxford University Press, New York, 2008.

HANNUM, H., *The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System*, en Harris, D. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

HERZFELD-BACIC, R., PÉREZ-DURÁN, T. & Pérez-Sales, P., *Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica*, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.

HUYSE, L. & Salter, M. (Eds.), *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance - IDEA, Estocolmo, 2008.

IIDH, *Manual de litigio de casos de racismo ante el Sistema Interamericano de derechos humanos,* IIDH, San José, 2008.

IIDH, *Manual sobre derechos humanos de las mujeres indígenas,* IIDH, San José, 2008.

International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights trough Truth Commission: A Practitioner's Resource*, New York, 2012.

IORNS MAGALLANES, C.J., *Indigenous Political Representation: Latin America and International Human Rights Law*, 11 Journal of New Zealand Studies 93 (2011).

ITUARRE, C., *Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el sistema interamericano*, en Martin, C. et al (Eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Universidad Iberoamericana, American University & Distribuciones Fontamara, México, 2004.

ITURRALDE, D., *Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación*, 39 *Revista IIDH* 233 (2004).

KREIMER, O., *Collective Rights before the Inter-American Human Rights System, Organization of American Stares*, American Society of International Law Proceedings (2000)

LENZERINI F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008.

LETSCHERT, R. & Van Dijk, J., *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*, Springer, London/New York, 2011.

LÓPEZ MURCIA, J.D., *La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al Caso de las comunidades campesinas en Colombia*. 14 Revista Colombiana de Derecho Internacional 71 (2009).

MACKAY, F., *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, IWGIA, Copenhague, 2002.

MARTIN, C., *The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System*. 19 Leiden Journal of International Law 491 (2006).

MIGNOLO, W., *Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking*, en Mignolo, W. & Escobar, A., *Globalization and the Decolonial Option*, Routledge, London-New York, 2010, pp. 1-21.

NASH ROJAS, C., *Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Aylwin, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto Chileno,* Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.

Organización Panamericana de la Salud, *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias*, Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002.

ORMACHEA, P.A., *Moiwana Village: The Inter-American Court and the 'Continuing Violation' Doctrine*. 19 Harvard Human Rights Journal 283 (2006).

PASQUALUCCI, J.M., *The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*. 6(2) Human Rights Law Review 281 (2006).

PASQUALUCCI, J.M. *International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 27(1) Wisconsin International Law journal 51 (2009).

PENTASSUGLIA, G., *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, 22(1) European Journal of International Law 165 (2011).

RAISZ, A, *Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights: New Century, New Era?*, 5(2) Miskolc Journal of International Law 35 (2008).

RAMÍREZ, A.D., *El Caso de la comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 41 Revista IIDH 347 (2005).

RIVERA, F. & Rinaldi, K., *Pueblo Saramaka vs. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo*, 4 Revista CEJIL 80 (2008).

RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., *El Caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua*, en Aylwin, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto Chileno,* Universidad de la Frontera, Temuco, 2004..

RUBIO-MARÍN, R. *et al.*, *Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala* en Arthur, P. (Ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011.

RUIZ CHIRIBOGA, O., *La justicia indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el derecho estatal*, en Gamboa, C. *et al.*, *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*, Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Ediciones Abya Yala, Quito, 2005.

RUIZ CHIRIBOGA, O., *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano*, 5 Revista Sur 43 (2006).

RUIZ CHIRIBOGA, O., *Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales*. En: Huber, R. et al., *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales,* Konrad Adenauer Stiftung, México, 2008..

RUIZ CHIRIBOGA, O., *Indigenous Corporal Punishments in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill-Treatments,* por publicarse en *American University International Law Review*, 2013, disponible en http://papers.ssrn.com/abstract=1996919

SAID, E., *From Orientalism*, en Williams, P. & Chrisman, L. (Eds.), *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*, Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993, pp 132-48.

SALMÓN, E. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: *Estándares en torno a su protección y promoción*, GTZ, Lima, 2010.

SIMON, S., *La protección de las lenguas minoritarias en los sistemas americanos y europeos de derechos humanos*, 4 Revista CEJIL 148 (2008).

STAVENHAGEN, R., *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, IIDH, Colegio de México, México, 1988.

TORO HUERTA, M.I., *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 10 AMDI 49 (2010).

TORRES RIVAS, E., *Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos*, IIDH, San José, 1996.

VIAENE, L., *Voices from the Shadows. The Role of Cultural Contexts in Transitional Justice Processes Maya Q'eqchi' Perspectives from Post-Conflict Guatemala*, Doctoral Dissertation in Law, Ghent University, 2011.

VILLAGRA, R., *Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2 Revista CEJIL 59 (2006).

VRDOLJAK, A., *Reparations for Cultural Loss*, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008.

VUOTTO, J.P., *Awas Tigni vs. Nicaragua: International Precedent for Indigenous People*, 22(1) Boston University International Law Journal 219 (2004).

WEMMERS, J., *Victim Reparation and the International Criminal Court*, 16 International Review of Victimology 123 (2009).

Índice

I. Introducción

Las violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en nuestro continente no han sido ajenas a la Corte IDH. El Tribunal ha conocido una serie de casos que van desde el desconocimiento de los derechos territoriales en Nicaragua, Paraguay y Surinam; las masacres y ejecuciones extrajudiciales de indígenas en Guatemala y Colombia; violaciones sexuales a mujeres indígenas en México; indígenas privados de libertad en Honduras; impedimentos para la participación política en Nicaragua, entre otros. En cada uno de los casos, la Corte ha hecho uso de una interpretación evolutiva de la CADH, de tal suerte que las normas previstas en ésta, aun cuando no fueron diseñadas en un inicio para abarcar las particularidades propias de los pueblos indígenas, guarden consonancia con los avances en el derecho internacional y en el derecho nacional de los Estados Partes.[1] Conceptos como propiedad comunitaria, uso del propio idioma e integridad cultural son algunos ejemplos de cómo el Tribunal ha logrado construir en el articulado de la Convención pautas que los Estados del continente deben seguir a la hora de resolver asuntos indígenas o proteger los derechos comunales de estos pueblos en las legislaciones domésticas.

En apartados anteriores de este libro se ha hablado de la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los jueces y tribunales nacionales deben velar que la interpretación y aplicación de la normativa local esté en consonancia con la Convención Americana y las interpretaciones que sobre ésta ha realizado la Corte Interamericana. En tal sentido, el presente capítulo tiene como último objetivo presentar al lector los estándares que la Corte Interamericana ha fijado respecto a los derechos de los pueblos indígenas y las reparaciones que deben otorgárseles en caso de que tales derechos sean vulnerados. En menor medida se utilizará la doctrina de la Comisión IDH.

Dos secciones componen este capítulo. La primera de ellas muestra todos estos avances jurisprudenciales por tema o derecho, en una suerte de sistematización de los criterios más relevantes que el Tribunal ha adoptado a lo largo de su historia. La segunda sección está dedicada al estudio de las reparaciones que la Corte ha ordenado en casos de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Es de resaltar que el análisis a profundidad de cada derecho o tema ya ha sido presentado en este libro por otros autores; por consiguiente, lo que a continuación se describe es un panorama mucho más acotado, en donde cada derecho o tema se analiza única y exclusivamente respecto a los pueblos indígenas y tribales. El lector deberá tener presente que a los indígenas les es aplicable tanto los estándares interamericanos descritos de manera general en los anteriores capítulos, como los estándares específicos que a continuación se detallan.

II. Parte I: jurisprudencia en cuanto al fondo del asunto

Porque hay mas q’oqonk [fuerza espiritual invisible] antes que Dios, digamos, lo que fue hecho, a las sagradas mazorcas de maíz, el sagrado maíz, los granos sagrados, ellos [los soldados] arrancaron su existencia sin cuidado. A veces, tal vez no hubo siembra y no hubo cosecha; ellos, el maíz y todo murieron en la montaña.[2]

1. Pueblos indígenas y pueblos tribales

Los reclamos por violaciones a los derechos humanos ante el Sistema Interamericano provienen tanto de pueblos originarios –los pueblos indígenas–, como de pueblos que aún cuando no son originarios en nuestro continente conservan todavía gran parte de su cultura y tienen formas de organización propia

[1] Para un estudio más acabado de las técnicas interpretativas utilizadas por la Corte Interamericana, ver el capítulo referente al Artículo 29 en esta obra.

[2] Anciano Q’eqchi’, en Viaene, L., Voices from the Shadows. The Role of Cultural Contexts in Transitional Justice Processes Maya Q’eqchi’ Perspectives from Post-Conflict Guatemala, Doctoral Dissertation in Law, Ghent University, 2011, p. 204 (traducción de los autores).

–los pueblos tribales. Es así que el Tribunal ha tenido que definir si la aplicación de la Convención debe o no ser la misma para cada uno de estos pueblos.

En el *Caso Pueblo Saramaka vs. Suriman*, la Corte observó que los miembros de dicho pueblo no eran originarios de la región en la que habitaban, sino que fueron llevados durante la época de la colonización de lo que hoy se conoce como Surinam como esclavos provenientes del África. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas.[3] Los Saramaka estaban organizados en doce clanes de linaje materno (*lös*) y se estimaba que el número de la población, al momento de la sentencia de la Corte, iba de 25.000 a 34.000 personas.[4]

La Corte consideró que los miembros del Pueblo Saramaka conformaban una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas eran diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulaban, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. El Tribunal concluyó que su jurisprudencia sobre pueblos indígenas era también aplicable a pueblos tribales, dado que compartían "características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo".[5]

Teniendo en cuenta lo anterior, todo lo que a continuación se analizará es aplicable tanto a los pueblos indígenas como a los pueblos tribales.

2. Auto-identificación de los pueblos indígenas

En el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* citado anteriormente, el Estado argumentó que la inclusión voluntaria de algunos miembros del Pueblo Saramaka en la "sociedad moderna" había afectado su distinción cultural, de modo que sería dificultoso definirlos como una personalidad legal. El Estado cuestionaba si se podía definir legalmente a los Saramaka de una forma que tomara en cuenta los distintos grados en que varios miembros del Pueblo se adherían a las leyes, costumbres y economía tradicional, particularmente aquellos que vivían fuera del territorio Saramaka.

La Corte resolvió que el hecho que algunos miembros vivieran fuera del territorio tradicional y en un modo distinto de otros Saramaka que vivían dentro del territorio de conformidad con las costumbres de su Pueblo no afectaba "la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad". La cuestión de si algunos miembros podían afirmar ciertos derechos comunales en nombre del Pueblo era una cuestión que debía resolver "sólo el Pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o [la] Corte". La falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros no podía utilizarse, a criterio de la Corte, como un pretexto para denegar al Pueblo Saramaka sus derechos.[6]

En otro caso, la Corte constató que dos familias que anteriormente pertenecían a la Comunidad Yakye Axa, cuyo caso fue decidido por la Corte con anterioridad,[7] ahora formaban parte de la Comunidad Sawhoyamaxa. Al respecto, el Tribunal resolvió:

> Si bien es cierto que estas familias figuraron como miembros de la Comunidad Yakye Axa y por lo tanto como víctimas de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte Interamericana

3 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

4 *Ibidem*, párr. 80.

5 *Ibidem*, párrs. 84-86.

6 *Ibidem*, párr. 164.

7 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

> en su sentencia sobre ese caso, a partir del censo realizado el mes de diciembre del año 2004 figuran como miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. La decisión de estas familias de separarse de la Comunidad Yakye Axa para integrar la Comunidad Sawhoyamaxa, ambas comunidades indígenas del pueblo Enxet-Lengua, así como la decisión de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de aceptarlos como parte de su comunidad, no puede más que ser respetada por este Tribunal.[8]

En *Xákmok Kásek vs. Paraguay,* el Estado solicitó la suspensión del proceso internacional debido a que encontró "contradicciones" en la denominación y pertenencia étnica de la Comunidad, lo que, según su criterio, "impedirían la titulación de tierras a su favor".[9] Señaló distintos escritos presentados por los representantes, documentos legales internos y declaraciones de los miembros de la Comunidad que, a su juicio, producirían confusiones en cuanto a la identificación o pertenencia étnica de la Comunidad, siendo que en algunos casos aparecía como perteneciente al pueblo Enxet, en otros como Enxet-Lengua y en otras oportunidades como Sanapaná. Explicó que la pertenencia étnica a un pueblo constituía un "elemento esencial para una transferencia de propiedad".[10]

La Corte observó que la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, era "un hecho histórico social" que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la Corte y el Estado debían limitarse "a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique". Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal, conforme a la prueba aportada, determinó que la historia particular de la Comunidad y de la zona en la que había habitado explicaría su conformación multiétnica, lo que el Estado "conocía o debió conocer previamente". Adicionalmente, comprobó que, tal y como lo alegaba el Estado, la Comunidad constaba en los registros públicos con un nombre distinto al de Xákmok Kásek. No obstante, los representantes de la Comunidad habían solicitado a las autoridades públicas que corrigiesen tal error, solicitud que no tuvo respuesta. El Tribunal determinó que en vista de que dependía de los organismos estatales correspondientes las rectificaciones solicitadas, "no sería razonable la procedencia de la solicitud del Estado en relación a la suspensión del presente caso".[11]

Como puede observarse en los casos citados, el criterio de auto-identificación de quien es parte de una comunidad o pueblo tiene un lugar preferente sobre cualquier identificación que el Estado realice. Asimismo, para la Corte, ella misma y los Estados deben respetar las decisiones que miembros determinados de cierto grupo y el grupo mismo adopten sobre quiénes son los integrantes de tal colectividad, siempre y cuando tales decisiones no violen derechos humanos generalmente reconocidos. Además, aún cuando ciertas personas hayan dejado de compartir la cultura o las prácticas tradicionales de su otrora grupo, ello no es suficiente para negar los derechos que al grupo asisten. Finalmente, los conflictos entre la comunidad y sus integrantes o ex integrantes es una cuestión que, en principio, debe ser resuelta por la propia comunidad.

3. ¿Violaciones en perjuicio de la comunidad o de sus miembros?

Otro aspecto que la Corte ha tenido que enfrentar es la definición de quién puede ser considerado víctima en casos de violaciones en perjuicio de los indígenas: la colectividad o sus integrantes.

La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas han venido alegado desde hace tiempo que las violaciones de los derechos comunales deben ser declaradas en perjuicio tanto de la colectividad como de sus integrantes. Esta posición ha sido rechazada por la Corte de manera sistemática. El fundamento del rechazo no ha sido dado a conocer por el Tribunal, el que simplemente ha declarado

8 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 206.

9 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 33.

10 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 33.

11 *Ibidem*, párrs. 37, 43 y 49.

violaciones en perjuicio de individuos y nunca de la colectividad, sin indicar el porqué. La única explicación que se cuenta fue dada por el Juez García Ramírez en su Voto adjunto a la sentencia en *Yatama vs. Nicaragua.* Según este Juez, a la luz del artículo 1.2 de la Convención Americana el concepto de "persona" incluye solamente al ser humano, al individuo, como titular de derechos y libertades, y el Tribunal no podría "exceder esta frontera establecida por la Convención que fija su competencia".[12]

Esta tradicional posición de la Corte está empezando a ser repensada desde dentro. El Juez Vio Grossi, en el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay,* emitió un Voto Concurrente en el que expuso que el actual derecho internacional está tomando un giro hacia la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en tanto pueblos. Citó en respaldo de ello al Convenio No. 169 de la OIT de 1989, a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, y al Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, todos ellos instrumentos que otorgan derechos a los pueblos como entes colectivos. En igual sentido citó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el cual reconoció en 2005 que el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas también asiste a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos y no únicamente a sus miembros como sujetos individuales de derechos.[13] El Juez Vio Grossi también se refirió a la reciente Observación General No. 21 de 2009 del mencionado Comité que interpretó que la expresión "toda persona" contenida en el artículo 15.1.a) del PIDESC,[14] se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo, pues "una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo".[15] El Juez Vio Grossi concluyó que los mencionados textos internacionales permitirían

> arribar a una comprensión más amplia de lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, en orden a que la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella incluiría también a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, en la medida que a tales entidades se les reconozcan al menos algunos de esos derechos, los que, por ende, sus miembros únicamente podrían disfrutar y ejercer por su intermedio y en razón de que forman parte de la misma, lo que, en definitiva implicaría que no serían únicamente de carácter individual.
>
> […]
>
> En otras palabras, habida cuenta lo precedentemente expuesto y aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término "persona" contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no sólo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino

[12] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

[13] Observación General 17, párrs. 7, 8 y 32.

[14] El artículo 15 del Pacto dispone:
"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
a) Participar en la vida cultural;
b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales".

[15] Observación General 21, párr. 9.

> que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia.[16]

La opinión del Juez Vio Grossi merece al menos tres comentarios. En primer lugar, es de notar que su voto fue concurrente y no disidente, lo que quiere decir que sus apreciaciones, aunque expuestas con mucha claridad y sustento, no fueron suficientes para llevarlo a disentir de la mayoría en el hecho de que las violaciones decretadas en ese caso únicamente fueron reconocidas en perjuicio de los miembros del grupo y no del grupo como tal. Quizá el Juez esté dejando entrever que en futuras oportunidades mantendrá con más fuerza el criterio que ha expuesto, y que disentirá de la mayoría si es que se mantiene la posición tradicional de la Corte. El tiempo lo dirá.

En segundo lugar, el Juez no hizo (ni tampoco la Corte) un estudio de las legislaciones nacionales de los países de América que permita vislumbrar qué Estados de la región han modificado sus leyes internas para reconocer derechos a los pueblos indígenas y tribales como colectividades. Dicho estudio hubiese permitido cotejar si existe un consenso regional que apunta hacia el reconocimiento de derechos colectivos como derechos humanos. En suma, si el derecho internacional está ampliándose para cubrir a las colectividades indígenas y tribales como sujetos de derecho y lo mismo está ocurriendo en las legislaciones locales, la Corte podría entender que el artículo 1.2 de la Convención Americana ya no sería un obstáculo para que los grupos mencionados puedan ser considerados como víctimas de violaciones a sus derechos.

Finalmente, es de resaltar que la vanguardista posición de la Corte respecto a los pueblos indígenas y tribales choca con su posición respecto a quién es la víctima de las violaciones que declara. Como se verá más adelante, la Corte ha interpretado que ciertos derechos de la Convención Americana tienen un sentido colectivo. Por ejemplo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad sobre tierras y recursos naturales, o el derecho a la organización propia a efectos de participar en las elecciones, todos ellos han sido interpretados de manera colectiva, pero depositados en los *miembros* del grupo y no en el grupo como tal. Contrariamente, muchas de las reparaciones que se han otorgado por la violación de esos derechos han sido ordenadas en favor de la comunidad como tal. Este tipo de interpretación crea discrepancias difíciles de solucionar. Por mencionar una, en el *Caso Saramaka vs. Suriname* muchos de los miembros del Pueblo tenían reconocida la propiedad individual de su parcela de terreno; asimismo, ninguno de los miembros del Pueblo se quejó de alguna violación a su derecho individual al reconocimiento de su personalidad jurídica. *El problema era que el Pueblo, la colectividad, no tenía reconocido un título de propiedad sobre las tierras tradicionales y el Pueblo, la colectividad, no era reconocido como persona jurídica*. En ambas situaciones *la Corte encontró una violación a los derechos humanos, pero no depositó la titularidad de los derechos en el Pueblo sino en sus miembros, cuando los miembros individualmente considerados no tenían problema alguno, sino era Pueblo el que no podría ejercer o defender sus derechos.* Reconocer entonces que el Pueblo es la víctima de la violación traería lo que Vio Grossi pronostica: más nitidez y menos equívocos.

Por otro lado, la culpa y el castigo, victimización y reparación son vistas como colectivas en muchas sociedades, mientras que los sistemas modernos de justica están designados para identificar responsabilidades individuales. En este sentido, el reconocimiento de los grupos indígenas como colectividades con identidades, características y requerimientos específicos es esencial. Sin este reconocimiento, es probable que las medidas adoptadas para garantizar verdad, justicia y reparación no cumplan efectivamente con su objetivo y, peor aún, pueden llegar a causar daño al grupo (por ejemplo, causando rupturas dentro de la colectividad o la imposición de las alteraciones de sus tradiciones y costumbres).[17]

---

[16] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, op. cit.,* Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 25 y 26.

[17] Arthur P. (Ed.), Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 24.

4. Derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 CADH)

a. Derecho a la personalidad jurídica de los miembros de una comunidad

En el *Caso Aloeboetoe vs. Surinam,* la identificación de los hijos de las víctimas, sus cónyuges y ascendientes ofreció graves dificultades a las partes y al Tribunal. Se trataba de miembros de un pueblo que vivían en la selva y que se expresaban sólo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos generalmente no eran registrados oficialmente y cuando así ocurría, no se incluían datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se tornó aún más difícil debido a la práctica de la poligamia.[18]

El Estado surinamés afirmó que a efectos de otorgar las reparaciones solicitadas por las víctimas se requería conocer, basados en datos racionales y ciertamente comprobables, detalles específicos de todas las víctimas, respecto del elenco familiar que quedó desprotegido.

La Corte consideró que la identidad de las personas debía probarse, "en general, mediante la documentación correspondiente", pero dado que en el caso en cuestión se demostró que la situación en que se encontraban las víctimas se debía en gran medida a que el Estado no mantenía en la región los registros civiles en número suficiente y, por ello, no podía otorgar la documentación a todos los habitantes, el Tribunal resolvió que "Surinam no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región". Agregó que "Surinam no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores".[19]

Por tales razones, el Tribunal rechazó el argumento del Estado y procedió a decretar lo pertinente sobre las personas que la Comisión Interamericana identificó con las pruebas que tuvo a su alcance y que fueron calificadas por el Tribunal como "verosímiles", "teniendo en cuenta las circunstancias del caso". La Corte, no obstante, no decretó una violación al derecho reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana. De hecho, la Comisión Interamericana tampoco solicitó en su demanda que se declarara tal violación.

Años después, en el *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte tuvo por demostrado que 18 miembros de la Comunidad, que fallecieron y sus muertes fueron atribuidas a omisiones del Estado, no contaron con registros de nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad.[20] Los miembros de la Comunidad vivían en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tenían serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad.

La Corte indicó que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representaba un parámetro para determinar si una persona era titular o no de los derechos de que se trate, y si los podía ejercer. Señaló que la violación de aquel reconocimiento suponía "desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones", y ponía al individuo en una situación vulnerable. Según el Tribunal, era deber del Estado "procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares". En especial, el Estado estaba obligado a "garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley".

Al haberse demostrado que: a) los miembros de la Comunidad permanecieron en un "limbo legal" en el que "si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo

[18] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 63.

[19] *Ibidem*, párr. 64.

[20] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 190.

jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica"; y b) era deber del Paraguay implementar mecanismos que permitan a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, sean accesibles jurídica y geográficamente, para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la Corte estimó que el Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención.[21]

La Corte reiteró esta jurisprudencia en otro caso indígena contra el Paraguay: el *Caso Xákmok Kásek*, en el cual indicó:

> En el presente caso se presentan las mismas falencias que la Corte determinó en el *Caso Sawhoyamaxa*. Varias de las personas que fallecieron no tenían actas de nacimiento, o al menos no fueron aportadas, ni tampoco se levantaron las respectivas actas de defunción, careciéndose de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles.[22]

En suma, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica comprende, entre otros, el derecho a contar con documentos de identidad, que permitan al portador ejercer sus derechos y contraer obligaciones. Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas que faciliten a las personas en situación de vulnerabilidad, como los miembros de pueblos indígenas y tribales, el acceso a tales documentos. La falta de medidas positivas acarrearían la responsabilidad internacional del Estado, tal y como lo demuestran los casos expuestos en contra del Paraguay.

b. Derecho a la personalidad jurídica de la comunidad

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte consideró que el otorgamiento de personería jurídica a las comunidades indígenas servía para "hacer operativos" los derechos ya existentes de tales comunidades, "que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas". Es así que "[s]us sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma". Aunado a lo anterior, la Corte verificó que las comunidades indígenas en la legislación paraguaya habían dejado de ser "una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos", que no se reducían al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radicaban en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, era "el mecanismo legal" que les confería el estatus necesario para gozar de ciertos derechos y exigir su protección cada vez que se vieran vulnerados. La Corte concluyó que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, era "otro derecho garantizado a la Comunidad indígena, como sujeto de derechos".[23]

Es de notar que en este caso, a pesar de que la legislación nacional consideraba a la comunidad como sujeto de derechos, no fue suficiente para que la Corte declarara una violación en perjuicio de la entidad y se limitó a decretar violaciones en perjuicio de sus miembros (ver discusión en el apartado 3 *supra*).

En este caso la Corte no decretó una violación del artículo 3 de la Convención, puesto que la Comunidad Yakye Axa sí estaba legalmente reconocida en el Paraguay y tenía personalidad jurídica propia. Diferente fue el resultado en el *Caso Pueblo Saramaka vs. Suriman*, en el que el Estado no reconocía al Pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Del mismo modo, el Estado no reconocía al Pueblo como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial frente a alguna violación de sus derechos.[24]

---

[21] *Ibidem*, párrs. 186-194.
[22] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 251.
[23] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párrs. 82-84.
[24] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*, párr. 167.

Esta condición colocaba al Pueblo en una "situación vulnerable".[25] Sobre el particular, la Corte notó que, sin desconocer que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de las comunidades era necesario, "dicho reconocimiento individual no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial".[26] Particularmente, respecto al derecho a la propiedad comunal la Corte observó que aún cuando todo miembro individual del Pueblo Saramaka podía obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad y que un fallo a su favor podía también tener un efecto favorable en toda la comunidad, "[e]n un sentido jurídico estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual dependen del individuo y no del Pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones". Para el Tribunal, "el reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho".[27]

Además, consideró que el derecho a que el Estado reconozca la personalidad jurídica del grupo es una de las *medidas especiales* que se debía proporcionar a los pueblos indígenas y tribales "a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones". Ésta era, según la Corte, "la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria".[28] En este caso la Corte declaró la violación del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención, en relación con su derecho a la propiedad, de acuerdo con el artículo 21 de dicho instrumento, y al derecho a la protección judicial, conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal.[29]

5. Derecho a la vida (artículo 4 CADH)

a. Masacres

En el *Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala*, el Tribunal tuvo por demostrado que entre los años 1962 y 1996 en Guatemala hubo un conflicto armado interno que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. El Ejército, con fundamento en la Doctrina de Seguridad Nacional, identificó a los miembros del pueblo indígena maya como "enemigos internos", por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y operaciones de tierra arrasada que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas.[30]

Los habitantes de la aldea Plan de Sánchez eran acusados por los militares de pertenecer a la guerrilla, ya que se negaban a participar en las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC). El domingo 18 de julio de 1982, llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 militares y patrulleros, que procedieron a maltratar, violar y ejecutar a los habitantes indefensos de la aldea. Alrededor de 268 personas, incluidos niños y niñas, fueron ejecutadas en la masacre.[31]

[25] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Op. cit.*, párr. 173.
[26] *Ibidem*, párr. 168.
[27] *Ibidem*, párr. 171.
[28] *Ibidem*, párr. 172.
[29] *Ibidem*, párr. 175.
[30] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 42.7.
[31] *Ibidem*, párrs. 42.12-42.21.

La Comisión y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte que calificara los hechos narrados como "genocidio". La Corte respondió que en materia contenciosa "sólo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren". No obstante, señaló que hechos como los señalados, que "afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres", causaron un "impacto agravado" que comprometía la responsabilidad internacional del Estado, impacto que la Corte tomó en cuenta "al momento de resolver sobre reparaciones".[32]

Actualmente está pendiente ante la Corte el *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala,* en donde la Comisión denunció la persecución y eliminación de las presuntas v*íctimas*, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las PAC en los años 1980 y 1982, que produjeron más de 500 personas asesinadas. Las masacres fueron planificadas, según la Comisión, por agentes estatales con el objetivo de exterminar la Comunidad, en un contexto de discriminación y racismo. La Comisión también calificó a estos hechos como genocidio.[33]

b. Ejecución de un líder comunitario

En el *Caso Escué Zapata vs. Colombia,* la Comisión y los representantes de la víctima denunciaban que la ejecución del señor Germán Escué Zapata, cometida por miembros del Ejército colombiano, estuvo ligada "a su condición de líder y autoridad tradicional de su Pueblo, y al trabajo que, en esa condición, realizaba de manera activamente comprometida con la recuperación de la tierra ancestral del Pueblo Paez y con la supervivencia y desarrollo de su forma particular de vida". El Estado controvirtió lo anterior señalando que la muerte se produjo como consecuencia de "un conflicto *intra* étnico que derivó en una mala información al Ejército por parte de un indígena de la misma [e]tnia y del abuso de poder de algunos agentes estatales".[34]

La Corte no pudo tener por demostrado cuál fue el móvil de la ejecución de la víctima. No se pudo establecer que los militares actuaron por cuenta propia o por incitación de otros indígenas o de terratenientes, con el objetivo específico de ejecutar a Germán Escué Zapata por el liderazgo que tenía dentro de su Comunidad. Lo anterior se debía, en gran medida, a la falta de efectividad de las investigaciones internas que no pudieron esclarecer los hechos. Pese a ello, la Corte reconoció que la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una "desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial".[35]

c. Entierro y trato al cadáver conforme a la cultura indígena

En el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada del indígena Efraín Bámaca Velásquez, la Corte consideró que "el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana". Asimismo, señaló que "los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos". El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asumía "una significación muy especial" en la cultura maya, a la cual pertenecía el señor Bámaca Velásquez. Para esa cultura "las honras fúnebres

[32] *Ibidem*, párr. 51.
[33] El escrito de la Comisión de sometimiento de este caso ante la Corte puede encontrarse aquí: http://www.cidh.org/demandas/12.649Esp.pdf
[34] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 54.
[35] *Ibidem,* párr. 124.

aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres".[36]

En *Moiwana*, la Corte consideró que una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la Comunidad fue que ignoraban el paradero de sus seres queridos que fueron ejecutados en la masacre perpetrada por agentes estatales. Como resultado, no podían honrar a sus muertos y enterrarlos según los principios fundamentales de su cultura. Las afectaciones emocionales también se derivaban del hecho que varios de los cadáveres fueron incinerados, lo cual era contrario a las costumbres tribales. Estos hechos fueron considerados por la Corte como violatorios del artículo 5 (derecho a la integridad personal) de los familiares.[37]

En *Masacres de Río Negro vs. Guatemala,* caso aún en trámite ante la Corte, la Comisión denuncia que las victimas ejecutadas extrajudicialmente en las masacres no recibieron sepultura de conformidad con las tradiciones de la Comunidad. Los cuerpos fueron tirados a un barranco y cubiertos con piedras y ramas, enterrados en fosas clandestinas, algunas víctimas fueron enterradas parcialmente y otras dejadas a la intemperie, y ciertos cuerpos fueron calcinados. A diferencia de los casos citados anteriormente, la Comisión no solamente está solicitando a la Corte que declare la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas ejecutadas, sino que también está solicitando *la violación del derecho a la libertad de conciencia y religión, por no haberse respetado las culturas fúnebres indígenas*.[38]

d. Derecho a una vida digna

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, relativo a la situación de miseria y abandono de la citada Comunidad por la falta de devolución de su territorio tradicional, la Corte se pronunció sobre las obligaciones que se derivan del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención. El Tribunal sostuvo que "una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan". En este sentido, "el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria".[39]

La Corte concluyó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa vivían en condiciones de miseria extrema "como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales", así como a la "precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras". El Tribunal observó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa "hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales". El desplazamiento de los indígenas estas tierras ocasionó que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprendía su asentamiento temporal no contaba con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad veían imposibilitado "el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios". Estas condiciones impactaron negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad. A ello se sumaban

[36] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 81.

[37] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 100.

[38] Escrito de la Comisión de sometimiento del caso ante la Corte, supra nota 4377.

[39] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 162.

las especiales deficiencias en la educación que recibían los niños y la inaccesibilidad física y económica de la atención en salud.[40]

La Corte notó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas había señalado que

> [l]os pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales […].
>
> Para las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que […] la […] pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.[41]

Para la Corte Interamericana, las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactaban "de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural". Para los pueblos indígenas *el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran "están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia"*.[42] En consecuencia, la Corte declaró que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.[43]

En este mismo caso, la Comisión y los representantes alegaban que el Estado era también responsable por la muerte de 16 miembros de la Comunidad por causas que habrían podido evitarse con una adecuada alimentación y asistencia médica. La Corte consideró que no disponía de los elementos probatorios suficientes como para establecer las causas de los mencionados fallecimientos, por lo que no decretó una violación del derecho a la vida imputable al Estado por las mencionadas muertes.[44]

Posteriormente, la Corte conoció el *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, en el que la Comunidad Sawhoyamaxa se encontraba en muy similares condiciones de abandono, también a la espera de la devolución de sus tierras tradicionales. En este caso la Corte reiteró su jurisprudencia establecida en el *Caso Yakye Axa* y agregó que:

> Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.[45]

---

[40] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Op. cit.*, párrs. 164-165.
[41] *Ibidem*, párr. 166.
[42] *Ibidem*, párr. 167. Destacado de autores.
[43] *Ibidem*, párr. 176.
[44] *Ibidem*, párrs. 177-178.
[45] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 155. Ver también, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 123-124.

En el caso bajo análisis no existía controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que vivían los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa eran inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representan para su vida. La controversia radicaba en determinar si el Estado era responsable de que las víctimas estuviesen en esas condiciones y si había adoptado las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.[46]

La Presidencia de la República había adoptado un Decreto para la entrega de cierta cantidad de alimentos, atención médico-sanitaria y materiales educativos a la Comunidad. La Corte consideró, no obstante, que la mera emisión de decretos o leyes "no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".[47] Durante más de seis años de vigencia del Decreto Presidencial, el Estado sólo había entregado víveres a las víctimas en diez ocasiones, así como medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades. Estas entregas, así como las cantidades suministradas, eran "a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo", tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron,[48] en su mayoría niños y niñas menores de tres años de edad por "enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo".[49] Los pocos enfermos de la Comunidad que pudieron llegar hasta un profesional médico o un centro asistencial "lo hicieron en forma tardía o fueron tratados muy deficientemente o mejor dicho en forma denigrante para la condición humana". Por ello, el Tribunal consideró que tales muertes eran atribuibles al Estado.[50]

Pese a esta jurisprudencia que define las medidas necesarias que Paraguay debía tomar para proteger el derecho a la vida digna de los indígenas, un nuevo caso contra el Paraguay, prácticamente idéntico a los anteriores, llegó a la Corte pocos años después. Se trata del *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay.*

La Corte determinó en dicho caso que las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad, pero luego de analizar la situación alimentaria (incluido el acceso a agua limpia), médica y sanitaria de la Comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad de las víctimas, y que esta situación estaba "estrechamente vinculada" a la falta de sus tierras tradicionales. La Corte enfatizó que "la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de [los] miembros [de la Comunidad], de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria".[51] En este punto, citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, señaló que "la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura".[52] La Corte concluyó que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna de todos los miembros de la Comunidad, lo que equivalía a una violación del artículo 4.1 de la Convención.

De otro lado, los representantes de las víctimas solicitaron que también se atribuyera responsabilidad internacional al Estado por los fallecimientos de 44 miembros de la Comunidad. La Corte resolvió

[46] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Op. cit.*, párr. 156.
[47] *Ibidem*, párr. 167.
[48] *Ibidem*, párr. 170.
[49] *Ibidem*, párr. 171.
[50] *Ibidem*, párr. 176.
[51] *Ibidem*, párrs. 214-215.
[52] *Ibidem*, párr. 216.

esta cuestión señalando que: a) no tenía competencia *rationae temporis* para conocer las muertes de 16 personas que acontecieron antes de que el Paraguay reconociera la competencia contenciosa del Tribunal; b) carecía de elementos de juicio para determinar la responsabilidad del Estado por la muerte de 2 "no natos", por la falta de fundamentación de la Comisión y los representantes de las víctimas en este extremo; c) no existían elementos para determinar la responsabilidad estatal respecto de 6 personas sobre quienes no se conocían las causas de muerte o presuntamente murieron por causas naturales o accidentales; y d) no era posible imputar la responsabilidad al Estado por la muerte de 7 personas que recibieron atención médica antes de morir, puesto que no se demostró "que la atención médica dada fuera insuficiente o deficiente, o que exista un nexo causal entre la muerte y la situación de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad". En cuanto a las demás personas, el Tribunal observó que fallecieron por "enfermedades que eran de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o mediante un control adecuado de salud". Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a la vida contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 13 personas fallecidas.[53]

6. Derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH)

a. Violación sexual

En el *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, la Corte analizó la violación sexual de una indígena de la comunidad Me'phaa, en Guerrero. El 22 de marzo de 2002, un grupo de aproximadamente once militares se acercaron a la casa de la señora Fernández Ortega. Tres de ellos ingresaron en el domicilio sin su consentimiento y le preguntaron, en varias ocasiones, dónde se encontraría su esposo. Al no tener respuesta, los militares procedieron a violarla sexualmente.

México señaló ante la Corte Interamericana que los múltiples relatos de los hechos que la víctima hizo en el procedimiento interno, así como en el internacional, tenían varias imprecisiones. El Tribunal observó que la señora Fernández Ortega hablaba me'paa y que para ser entendida por el funcionario del Ministerio Público que recibió su denuncia debió contar con la asistencia de una persona que no era intérprete de oficio. Otros relatos de los hechos se realizaron mediante la presentación de un escrito y no por el testimonio directo de la víctima. Dicho escrito, si bien fue firmado por la víctima, fue redactado por un tercero, quien además tuvo que reproducir en español lo que ella manifestaba en me'paa, o redactar lo que un intérprete al español le indicaba, circunstancia que, a criterio de la Corte, "indudablemente puede derivar también en imprecisiones". En consecuencia, el Tribunal resolvió que "las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, pueden deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones". Además, los hechos relatados por la víctima se referían a un momento traumático, cuyo impacto podía causar "determinadas imprecisiones al rememorarlos".[54]

Luego de dar por probados los hechos denunciados, la Corte consideró que la violación sexual constituía un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la CIPST.[55] También señaló que los mismos hechos violaban el derecho reconocido en el artículo 11 de la Convención, pues el concepto de vida privada contemplado en ese artículo era un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprendía, entre otros, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. El Tribunal estableció que la violación sexual de la víctima vulneró "valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre

53 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párrs. 223-234.

54 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 105.

55 *Ibidem*, párrs. 121 a 128.

las funciones corporales básicas".[56] De otro lado, el Tribunal estableció que el Estado había incurrido en deficiencias graves en la investigación de los hechos, entre otras, la falta de traductores que hablaran me'paa.[57] Por todo ello, la Corte concluyó que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual.

Hechos muy similares se presentaron en el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.*[58] La señora Rosendo Cantú, otra indígena perteneciente a la comunidad Me´phaa, quien al momento de los hechos era menor de edad, denunció que el 16 de febrero de 2002 se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio, cuando ocho militares se acercaron a ella y la rodearon. Dos militares la interrogaron mostrándole la fotografía de una persona y una lista con nombres. Luego de que la víctima contestara que no conocía a tales individuos, los militares procedieron a violarla y golpearla.

Horas después del ataque la señora Rosendo Cantú acudió a un centro de salud e indicó al personal médico que recibió golpes con armas militares, pero no mencionó la violación sexual. Días más tarde acudió a un hospital donde tampoco indicó que había sido violada. La Corte consideró que el hecho de que la víctima no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debía ser contextualizado "en las circunstancias propias del caso y de la víctima". El Tribunal indicó que "las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar", y que ello sucedía en las comunidades indígenas "por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima tiene que enfrentar", en especial el rechazo por parte de su comunidad, así como por miedo a represalias. La Corte tuvo en cuenta que la víctima "era una niña que fue sometida a un evento traumático en el que, además de ser agredida física y sexualmente, recibió por parte de los militares que la atacaron amenazas de muerte contra los miembros de su comunidad". Es con base a esto que, a criterio del Tribunal, el no haber indicado la violación sexual en un inicio no desacreditaba sus declaraciones posteriores en la que sí narró el ataque.[59] Finalmente, la Corte indicó que:

> [d]esde el momento en que el Estado tuvo conocimiento de la existencia de una violación sexual cometida contra quien pertenece a un grupo en situación de especial vulnerabilidad por su condición de indígena y de niña, tiene la obligación de realizar una investigación seria y efectiva que le permita confirmar la veracidad de los hechos y determinar los responsables de los mismos.[60]

Una vez que el Tribunal tuvo por probados los hechos denunciados, consideró que los mismos cumplían con los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura,[61] por lo que declaró culpable al Estado mexicano de la violación de los artículos 5.2 de la Convención Americana y 2 de la CIPST. Al igual que en el *Caso Fernández Ortega,* en este caso la Corte también declaró la violación del derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana.[62]

Un nuevo caso de violación sexual a mujeres indígenas se encuentra actualmente en trámite ante la Corte. Se trata del *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala,* en el que la Comisión denunció que durante las masacres realizadas contra la comunidad de Río Negro, varias mujeres y niñas fueron constantemente violadas sexualmente y posteriormente ejecutadas.[63]

56 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Op. cit.*, párr. 129.
57 *Ibidem*, párr. 184 a 198.
58 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
59 *Ibidem*, párr. 95.
60 *Ibidem*, párrs. 103-104.
61 Para un análisis de los elementos objetivos y subjetivos de la tortura, ver el capítulo sobre el artículo 5 en esta obra.
62 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párrs. 118-121.
63 Ver escrito de la Comisión de sometimiento del caso, supra nota 4377.

b. Integridad psíquica y moral

El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de *Moiwana*. Agentes del Estado y sus colaboradores asesinaron al menos a 39 miembros indefensos de la Comunidad e hirieron a otros. La operación quemó y destruyó la propiedad de la Comunidad, y forzó a los sobrevivientes a huir.[64] A los miembros de la Comunidad les fue imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque y proveer los ritos mortuorios requeridos por los principios fundamentales de la cultura N'djuka.[65] La no realización de los diferentes rituales mortuorios era considerada "una transgresión moral" que no solamente provocaba el enojo del espíritu de quien falleció, sino también podía ofender a otros ancestros. Lo anterior tenía como consecuencia una serie de "enfermedades de origen espiritual", las cuales podían manifestarse como enfermedades físicas y afectar el linaje completo. La justicia y la responsabilidad colectiva eran principios centrales dentro de la sociedad N'djuka. Si se causaba un daño a un miembro de la Comunidad, los familiares estaban obligados a vengar la ofensa cometida. Si alguien asesinaba a un familiar, los N'djuka creían que su espíritu sería incapaz de descansar hasta que se hiciera justicia.[66]

La imposibilidad de honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos, así como la separación forzosa de sus tierras tradicionales, fueron calificadas por la Corte como "situaciones que afectan los derechos de [los] miembros consagrados en el artículo 5 de la Convención". Además, el Tribunal consideró que se había afectado la integridad personal de los miembros de la Comunidad "por el sufrimiento que les ha causado la obstaculización, a pesar de sus esfuerzos persistentes, para obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz del énfasis de los N'djuka en sancionar apropiadamente las violaciones cometidas".[67] A pesar de los diversos esfuerzos de los miembros de la Comunidad y de sus representantes legales, así como de la clara evidencia de la responsabilidad del Estado, no existía indicación alguna de que hubiere una investigación seria y completa sobre el ataque a la Comunidad. Los miembros de la Comunidad no recibieron reparación alguna por esos hechos. Tal ausencia de recursos efectivos fue considerada por la Corte como fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares; incluso creó en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discriminaba activamente.[68] Debido a la impunidad continuada por la operación militar de 1986 y al desconocimiento por parte de los miembros de la Comunidad acerca de los motivos de tal ataque, éstos habían sufrido "una profunda ansiedad" frente a la posibilidad de enfrentar hostilidades si regresaban a sus tierras tradicionales".[69] Por todo lo anterior, la Corte concluyó que los miembros de la Comunidad Moiwana sufrieron emocional, psicológica, espiritual y económicamente, lo que constituía una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana.

En el ya comentado *Caso de la Comunidad Xákmok Kásek*, la Corte reiteró su jurisprudencia establecida en el *Caso Moiwana*, ante las declaraciones de varias víctimas sobre el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sentían por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que debieron soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo de reivindicación de tierras. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecían los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encontraban generaron, a criterio de la Corte, "sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad", todo ello en violación del artículo 5.1 de la Convención.[70]

---

[64] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.*, párr. 86.15.
[65] *Ibidem*, párr. 86.20.
[66] *Ibidem*, párrs. 86.9-10.
[67] *Ibidem*, párr. 93.
[68] *Ibidem*, párr. 94.
[69] *Ibidem*, párr. 97.
[70] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op.cit.*, párr. 244.

7. Garantías judiciales (artículo 8 CADH)

a. Derecho de las víctimas de contar con un intérprete

El acceso a la justicia estatal por parte de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con su capacidad de hacerse entender en su propio idioma. En el *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala,* relativo a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su pequeña hija, la Corte tuvo por demostrado que los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena Maya.[71] Para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realizara con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debía "asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin". Asimismo, el Estado debía garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas no tuvieran que hacer "esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación".[72]

En el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México,* cuando la víctima, quien no hablaba español con fluidez, acudió a denunciar la violación sexual que padeció, no se le proveyó la asistencia de un intérprete. Ello fue calificado por la Corte como un hecho que no respetó la identidad cultural de la víctima, y no resultó adecuado "para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia".[73]

Los dos casos narrados en este acápite muestran que el derecho a contar con un intérprete no es exclusivo de las personas acusadas de un delito, sino que también es un derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos o de sus familiares. Contar con un intérprete a la lengua oficial del órgano investigador o juzgador es una garantía básica para el acceso a la justicia, caso contrario, las violaciones a los derechos de las personas que no hablan el idioma oficial quedarían prácticamente impunes por falta de denuncia. No obstante, varias cuestiones quedan aún por resolver.

En primer lugar, no es clara la fuente normativa de la cual se deriva esta obligación. En los dos casos narrados anteriormente, el Tribunal ubicó sus consideraciones en los acápites relativos al artículo 8 (garantías judiciales) de la Convención, pero no resulta claro a qué obligación concreta del artículo 8 corresponde este derecho. Recordemos que el artículo 8 es una norma que contiene una serie de obligaciones del Estado a cumplirse en procedimientos judiciales y administrativos de variada índole.[74] Parecería que la sección más adecuada para ubicar este derecho es en el "derecho a ser oído" contenido en el numeral 1 del artículo 8. Una persona no podría ser oída y, por ende, excitar la acción estatal en su beneficio o en su protección, si el Estado no facilita la comprensión entre la víctima y los investigadores y juzgadores.

En segundo lugar, no resulta claro si este derecho es únicamente de los indígenas o si correspondería también a no indígenas que no hablan el idioma oficial (e.g. extranjeros). Dado que la regla general es que *todas las personas tienen derechos humanos independientemente de su nacionalidad, sexo, religión u otras consideraciones, parece lógico concluir que el derecho de las víctimas de ilícitos de contar con un intérprete es un derecho que protege a todos quienes se encuentran en la jurisdicción de un Estado.* No obstante, sería a la vez ilógico exigir al Estado que tenga traductores capacitados en prácticamente todos los idiomas del mundo, en el evento de que un turista extranjero sea víctima de un delito mientras pasea por el territorio nacional. Lo más razonable sería entonces interpretar flexiblemente al deber estatal de proveer un intérprete, siendo más estrictos en ciertos casos y menos

---

71 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 97.

72 *Ibidem*, párr. 100.

73 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit., párr*. 179.iv

74 Para un recuento de las obligaciones estatales derivadas del artículo 8 de la Convención, ver el capítulo correspondiente en esta obra.

en otros. Por ejemplo, frente al caso de extranjeros, el Estado debería adoptar medidas razonables para que quien no hable el idioma oficial pueda hacerse entender a la hora de denunciar el ilícito del que ha sido víctima (e.g. proporcionarle los datos de contacto de la embajada del país al que el extranjero pertenece). En el caso de pueblos indígenas y tribales la obligación del Estado debe ser interpretada de manera mucho más estricta, puesto que los indígenas habitan el territorio estatal, son ciudadanos del Estado en cuestión, y es de esperarse que los Estados tengan políticas públicas que garanticen a los integrantes de estos grupos ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás integrantes de la sociedad. En caso de miembros de pueblos indígenas que hablan idiomas en extinción o que el número total de hablantes sea en extremo reducido, la obligación del Estado podría ser menos estricta, por las dificultades prácticas que encerraría conseguir un intérprete oficial, aunque cabría preguntarse qué responsabilidad tiene el Estado por la pérdida de ese idioma.

En tercer lugar, no resulta claro de la jurisprudencia de la Corte si el no contar con un intérprete a la hora de denunciar un delito podría ser violatorio de otros derechos distintos al derecho a ser oído. En *Tiu Tojín* la Corte habla de "debida diligencia" y "sin discriminación", mientras que en *Rosendo Cantú* se habla de la "identidad cultural" y la "confidencialidad de la denuncia", pero no se decretan violados otros derechos más allá del artículo 8 de la Convención. Nada impediría, sin embargo, que dependiendo de las circunstancias del caso concreto*, la falta de un intérprete capacitado violaría la igualdad ante la ley, protegida según sea el caso por los artículos 1.1 y 24 de la Convención, o la autonomía personal y vida privada (que incluiría la vida cultural y la secrecía de ciertos datos personales), protegidas por el artículo 11 de la Convención.* Habrá que esperar que la Corte responda en un futuro caso a estas interrogantes.

Finalmente, en *Tiu Tojin* la Corte indicó el deber del Estado es facilitar un intérprete "u otros medios eficaces para tal fin"; es decir que este derecho se podría satisfacer por medios alternativos a un intérprete. ¿Cuáles son esos otros medios? es una pregunta que la Corte difícilmente podría responder de manea general. El único estándar que el Tribunal estableció es que tales otros medios sean "eficaces" para conseguir el fin deseado, esto es, para facilitar que las víctimas de violaciones a sus derechos humanos presenten denuncias a las autoridades estatales. Dependerá de cada Estado la elección entre intérpretes u otros medios, pero sea cual sea el medio elegido, el fin último debe tratar de realizarse en la más alta medida posible.

b. Derecho de ser asistido por un defensor

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay* la Corte analizó el proceso penal seguido en contra de algunos miembros de la Comunidad Yakye Axa. Dicho proceso inició por denuncias elevadas a las autoridades por los propietarios de las tierras que la Comunidad reclamaba, quienes acusaban a los indígenas de haber iniciado sistemáticas incursiones dentro del inmueble.[75]

Los líderes de la Comunidad designaron un abogado a fin de que representara a los acusados en el proceso penal, lo cual fue aceptado en un inicio por el Juez de la causa, pero frente a la oposición de la parte actora, el Juez revocó su providencia anterior y no permitió la participación del abogado defensor.[76]

La Corte consideró que la falta de un abogado defensor constituía una violación a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Señaló que los inculpados tenían derecho, con el objeto de ejercer su defensa, a examinar a los testigos que declararon en su contra y a su favor, así como el de hacer comparecer a personas que pudieran arrojar luz sobre los hechos.[77] El Tribunal consideró que Paraguay, al impedir la participación del abogado defensor de los indígenas, desconoció los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 25 de la Convención Americana.[78]

---

75 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 50.78.
76 *Ibidem*, párr. 115.
77 *Ibidem*, párr. 117.
78 *Ibidem*, párr. 119.

8. Derecho a usar la lengua propia (artículo 13 CADH)

En el *Caso López Álvarez vs. Honduras* se denunciaba que el director de un centro penitenciario prohibió hablar en su idioma tradicional a la población garífuna reclusa en dicho centro, incluido el señor Alfredo López Álvarez.

La Corte indicó que el artículo 13.1 de la Convención consagra expresamente la libertad de difundir oralmente información, y consideró que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas “son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.[79]

La prohibición impuesta al señor López Álvarez y a los demás reclusos garífunas fue calificada por la Corte como una medida injustificada que lesionaba “la individualidad del detenido” y no obedecía a “condiciones de seguridad o a necesidades de tratamiento”. Asimismo, sostuvo que “la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan”. La prohibición de hablar en lengua garífuna adquiría una “especial gravedad”, puesto que “el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna”. De ese modo, la prohibición “afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad”.[80]

El Tribunal agregó que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”. Además, los Estados “deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos”, siendo la lengua “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”. Consecuentemente, declaró que al prohibir al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección durante su detención, “el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra”, lo cual implicó una violación de la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana.[81]

9. Derecho a la familia (artículo 17 CADH)

En el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte reconoció el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.[82] En dicho caso, la familia Chitay sufrió constantes amenazas y persecuciones, sus integrantes tuvieron que desplazarse fuera de su comunidad, el núcleo familiar se vio fragmentado y el padre de familia, señor Florenco Chitay, fue desaparecido forzadamente. La Corte estimó que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay, lo que constituía un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. Consecuentemente, declaró la violación del derecho reconocido en el artículo 17 de la Convención.[83]

---

[79] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 164.

[80] *Ibidem*, párrs. 166-169.

[81] *Ibidem*, párrs. 170-174.

[82] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 159.

[83] *Ibidem*, párr. 163.

10. Derecho a la propiedad comunal (artículo 21 CADH)

a. Fuente normativa del derecho a la propiedad comunal

En ninguno de los instrumentos internacionales que conforman el Sistema Interamericano se reconoce textualmente el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios tradicionales. Sin embargo, la Corte Interamericana *ha interpretado que tal derecho se encuentra garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana, que protege el derecho a la propiedad privada*.[84]

La primera tarea que tuvo el Tribunal fue entonces interpretar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. De la lectura de tal artículo, la Corte concluyó, en *Awas Tingni vs. Nicaragua,* que el término "bienes" se refería a "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona". Tal concepto comprendería "todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor".[85]

Mediante una "interpretación evolutiva" de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, la Corte consideró que el artículo 21 de la Convención protegía "el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal".[86]

Posteriormente, la Corte Interamericana resaltó que "tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana".[87]

De manera similar, la Comisión Interamericana ha interpretado que el derecho a la propiedad bajo el artículo XXIII de la Declaración Americana[88] "debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos".[89]

b. Importancia del territorio para los pueblos indígenas y tribales

En *Awas Tingni vs. Nicaragua,* la Corte reconoció que entre los indígenas

> existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su

[84] El artículo 21 de la Convención dispone:
"1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

[85] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144.

[86] *Ibidem*, párr. 148.

[87] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 143.

[88] El artículo XXIII de la Declaración Americana estabelece: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

[89] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[90]

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte volvió a resaltar la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, la cual debía de ser "reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras".[91] Asimismo, sostuvo que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas "corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural".[92]

Lo anterior, según la Corte, guardaba relación con lo expuesto en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados debían respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". En consecuencia, el Tribunal declaró que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, debían ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención.[93]

c. Titularidad del derecho

Con fue indicado en el acápite 3 de este capítulo, la Corte Interamericana se ha rehusado a decretar violaciones en perjuicio del sujeto colectivo, pues considera que los derechos protegidos en la Convención Americana son de titularidad de los individuos que forman parte de tal colectivo. En este sentido, el Tribunal ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. De manera paralela, la Comisión Interamericana ha venido sosteniendo que el derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular también es el pueblo correspondiente.[94] Según la Comisión, "[e]sta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho".[95]

La dimensión colectiva radica, según la Comisión, en que "los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo".[96]

A pesar de las reticencias de la Corte respecto a la titularidad del derecho, ésta no ha dejado de notar que "entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad".[97] Para la Corte, "[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce

[90] *Ibidem*, párr. 149.
[91] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 131.
[92] *Ibidem*, párr. 135.
[93] *Ibidem*, párrs. 136-137.
[94] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 244.
[95] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 diciembre 2009, párr. 62.
[96] *Ibidem*, párr. 63. Ver también, CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.*, párr. 113.
[97] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit*., párr. 149.

de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas".[98]

d. La posesión de las tierras basta para el reconocimiento oficial

Según los órganos del Sistema Interamericano, la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta "no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos".[99] El derecho a la propiedad comunal se deriva en primer lugar del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros,[100] y en segundo lugar de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados. Según ha explicado la Comisión, los pueblos indígenas y tribales tienen, por ende, derechos de propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente.[101]

En *Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte indicó a tal efecto que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta. Como producto de la costumbre, "la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro".[102]

En *Moiwana vs. Surinam* las partes comparecientes ante la Corte estaban de acuerdo en que los miembros de la Comunidad no tenían un título legal formal –colectivo o individual– sobre sus tierras tradicionales. El territorio pertenecía al Estado.[103] La Corte tuvo en cuenta que los miembros de la Comunidad Moiwana poseían una "relación omnicomprensiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centraba en el individuo, sino en la Comunidad como un todo. Además, su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes había sido reconocida y respetada durante años por otros clanes y por las comunidades indígenas vecinas. Por ello, dicha ocupación tradicional debía, a criterio del Tribunal, "bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad", aunque los límites exactos de ese territorio debían determinarse "previa consulta con dichas comunidades vecinas".[104]

En vista de que el fundamento de la propiedad comunal es el uso y ocupación históricos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, "existen aún sin actos estatales que los precisen",[105] o sin un título formal de propiedad.[106] Las acciones de reconocimiento oficial "deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior",[107] y no como el otorgamiento de nuevos derechos.[108] *El ejercicio del derecho de propiedad comunal no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, pues la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la*

---

98 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 120, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 87.

99 CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, *op. cit.,* párr. 231.

100 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit*., párr. 96.

101 CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.,* párr. 115.

102 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit.,* párr. 151.

103 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.,* párr. 130.

104 *Ibidem,* párr. 133.

105 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.,* párr. 69.

106 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 128.

107 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19.

108 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit*., párr. 69.

propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la Convención.[109] La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte del Estado es un acto de reconocimiento y protección oficiales, pero no constitutivo de derechos. *La posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación.*

Para definir cuáles son las tierras que un pueblo o comunidad determinada usa o posee debe observarse las "formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes".[110] Como lo ha expuesto la Corte Interamericana, la relación única con el territorio tradicional "puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura".[111] La noción de posesión del territorio indígena es entendida por la Corte en un sentido amplio, que comprende la ocupación física del territorio, así como actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados a la cultura y espiritualidad de los pueblos indígenas o tribales.

e. Delimitación de los territorios indígenas

Si bien el reconocimiento oficial no es constitutivo del derecho de propiedad comunal sobre los territorios tradicionales, esto no quiere decir que el Estado esté exento de reconocer y delimitar el territorio indígena. La delimitación es necesaria tanto para asegurar los derechos territoriales,[112] como para ofrecer seguridad jurídica. Por ejemplo, en *Awas Tingni vs. Nicaragua,* al momento en que la Corte resolvió el caso, existían "traslapes" o sobreposiciones en las que otras comunidades indígenas alegaban derechos sobre las mismas tierras reclamadas por la Comunidad Awas Tingni. El Estado sostenía que parte de las tierras reclamadas eran de su propiedad. La Comunidad Awas Tingni no tenía un título oficial de propiedad sobre las tierras que reclamaba.[113] El Tribunal advirtió que los límites del territorio sobre el cual existía el derecho de propiedad de la Comunidad Awas Tingni no habían sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación había creado "un clima de incertidumbre permanente" entre los miembros de la Comunidad en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extendía geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocían hasta dónde podían usar y gozar libremente de los respectivos bienes.

Por este y otros motivos, la Corte declaró que el Estado había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Awas Tingni, y estimó que los indígenas tenían derecho a que el Estado: a) delimitara, demarcara y titulara el territorio tradicional; y b) se abstuviera de realizar, hasta tanto no se procediera con la delimitación, actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica de la Comunidad.[114]

Para efectos de identificar el territorio tradicional, la Corte ha examinado la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por parte de la comunidad, el desarrollo de prácticas tradicionales en tales tierras, la toponimia de la zona, y estudios y documentación técnicos,[115] siempre teniendo en cuenta

[109] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 128.
[110] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130.
[111] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 131.
[112] La Comisión Interamericana ha señalado que el reconocimiento y titulación de los derechos de propiedad indígenas y tribales sobre sus territorios, así como el debido registro de los títulos correspondientes, "significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria" (CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 16).
[113] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 103.
[114] *Ibidem*, párr. 153.
[115] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párrs. 93-107.

que "el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la Comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia Comunidad".[116]

En suma, el reconocimiento oficial de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios no es un acto que queda en la discreción del Estado, sino una obligación,[117] que requiere de medidas positivas.[118] Tal reconocimiento oficial debe estar plasmado en un título jurídico formal,[119] debidamente registrado.[120] Dado que la visión indígena sobre sus territorios es de carácter colectiva, la titulación y el correspondiendo registro oficial deben también ser de carácter colectivo, reflejándose la propiedad comunitaria de la tierra,[121] sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la misma.[122]

El título de propiedad sobre los territorios indígenas debe, además, otorgar seguridad jurídica. Según la Comisión Interamericana, se afecta la seguridad y estabilidad jurídica de las tierras cuando la ley no garantiza su inalienabilidad.[123] Garantías como la indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas han sido catalogadas por la Comisión como mecanismos idóneos para garantizar la seguridad jurídica de los derechos de propiedad territorial indígena.[124]

Finalmente, la Corte Interamericana ha señalado que *otorgar a los indígenas meros privilegios para usar las tierras, en vez de garantizarles el uso y goce permanente de su territorio, no es suficiente para garantizar su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención*.[125]

f. Devolución del territorio tradicional perdido

En tres casos ante la Corte (*Yakye Axa vs. Paraguay*,[126] *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*[127] y *Xákmok Kásek vs. Paraguay*[128]) las comunidades peticionarias alegaban la violación al artículo 21 de la Convención porque sus solicitudes de devolución de su territorio tradicional habían sido sistemáticamente denegadas por el Estado, el cual argüía que estaba imposibilitado de hacer entrega del territorio perdido ya que éste se encontraba en manos privadas.

Como se indicó anteriormente, el artículo 21 de la Convención protege tanto el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, como el derecho a la propiedad privada de los particulares. Sea cual fuere el caso –propiedad privada o comunitaria–, el derecho a la propiedad no es un derecho

---

[116] *Ibidem*, párr. 95.

[117] CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, *op. cit.*, párr. 19.

[118] CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.*, párr. 193.

[119] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, op. cit.*, párr. 194; CIDH, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), *op. cit.*, párr. 130.

[120] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *op. cit.* párrs. 153-1; CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú, *op. cit.*, párrs. 23-25.

[121] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*, 194.

[122] Convenio 169 de la OIT, artículo 17.1 ("Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos"); Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 26.3 ("Los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate").

[123] CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, *op. cit.*, párr. 18.

[124] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 89.

[125] El Tribunal indicó: "más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra" (Corte IDH. Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*, párr. 115).

[126] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*

[127] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*

[128] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, op. cit.*

absoluto y, por tanto, su protección tampoco lo es. La Corte ha sostenido –respecto a la propiedad comunal– que aunque "reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones".[129]

En cuanto a la propiedad privada, el Tribunal ha señalado que

> [e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.[130]

Dado que ambos derechos (propiedad comunal y propiedad privada) no son absolutos, ¿cómo deberían resolverse los casos en que los derechos territoriales de los pueblos indígenas entran en colisión con el derecho a la propiedad privada de terceros, sean éstos individuos o empresas?

Para resolver este tipo de asuntos la Corte analizó tres cuestiones: a) si los indígenas tienen derecho a reclamar la devolución del territorio perdido; b) si el derecho a solicitar la devolución, de existir, tiene un límite temporal, y c) bajo qué supuestos sería aceptable despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a los indígenas, o viceversa, negar a los indígenas su reclamo territorial reconociendo el derecho a la propiedad privada que asiste a los dueños actuales.

(1) El derecho a la devolución de las tierras

Según la jurisprudencia de la Corte, si una comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas, "aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe".[131]

En este aspecto las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar que el abandono de las tierras fue un acto forzado o no querido. Además, para que se aplique la salvedad señalada, corresponde al Estado demostrar que los actuales propietarios de las tierras las adquirieron de buena fe; por ejemplo, deberá demostrar que los actuales dueños no fueron quienes expulsaron a la fuerza a los indígenas para apropiarse de sus tierras o recursos naturales.

Si los indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras, pero "tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad". La posesión, entonces, "no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas".[132] Cabe indicar, sin embargo, que así como el derecho a la propiedad no es absoluto, el derecho a solicitar la recuperación de éstas tampoco lo es. Puede ser delimitado en el tiempo y puede ser derrotado frente a otro tipo de derechos (propiedad privada) o intereses colectivos (bien común o interés público). Esto lo analizaremos a continuación.

---

[129] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op cit.,* párr. 127.

[130] Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.* Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60.

[131] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, op. cit.,* párr. 128. Ver también, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, op. cit.,* párr. 111.

[132] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, op. cit.,* párr. 128.

(2) Caducidad del derecho a reclamar las tierras

El segundo punto consiste es dilucidar si el derecho a solicitar la devolución de las tierras tiene un límite temporal. Para responder a este interrogante la Corte tomó en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, y concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”.[133]

La Corte además dio luces sobre cómo debe enfocarse la prueba. Señaló que la relación con la tierra:

> puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.[134]

De lo anterior se deduce que si una comunidad logra demostrar que i) las tierras que reclama son sus tierras tradicionales, y ii) que mantiene una relación con las mismas a pesar de que están en manos de terceros, puede afirmarse que el derecho a reclamarlas permanece vigente.

A lo anterior debe agregarse una consideración especial que la Corte señaló acertadamente: la relación con la tierra debe ser posible. Aplicando esta consideración al *Caso Sawhoyamaxa* la Corte señaló:

> En casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.[135]

El Tribunal concluyó que la relación entre la Comunidad Sawhoyamaxa y su territorio no había caducado. A similar conclusión llegó la Corte en *Xákmok Kásek.*[136]

(3) ¿A qué derecho dar prioridad?

El siguiente paso tiene que ver con la posibilidad de que las tierras de una comunidad indígena o tribal estén en manos de terceros inocentes –que actuaron de buena fe al adquirirlas– y que el derecho de tal comunidad a reclamarlas permanezca vigente.

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos gozan del mismo nivel de protección de la Convención y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló el Tribunal cuando expuso que “el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales”.[137]

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es que en ciertos casos otros bienes, derechos o principios pudiesen estar acompañando al derecho a la propiedad privada o al derecho a solicitar la devolución de las tierras tradicionales, de tal forma que sea un conjunto de derechos el que esté en pugna con otro conjunto de derechos, o uno contra varios. Por ejemplo, podría darse el caso de que en

[133] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 131.
[134] *Ibid*.
[135] *Ibidem*, párr. 132.
[136] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op cit.,* párr. 116.
[137] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op cit.,* párr. 138.

las tierras que la comunidad reclama se encuentren cementerios, lugares sagrados o de culto o bienes culturales indispensables para el ejercicio de su libertad religiosa y el mantenimiento de su cultura.

La respuesta a este tipo de casos está en lo que la Corte llamó "juicio de proporcionalidad".[138] Este juicio tiene en cuenta: a) la legalidad de la restricción; b) el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas que sirven para cumplir con ese fin; c) la necesidad de la restricción; y d) la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si se garantiza en forma amplia un derecho, sin hacer nugatorio el otro.[139]

(4) Legalidad de la restricción

En el caso que estamos analizando (*Sawhoyamaxa*), la legalidad de la restricción se refiere a si existía en el Paraguay un procedimiento establecido por ley que hubiese permitido solicitar la expropiación de tierras de manos de los particulares con el fin de entregarlas a los indígenas. Este procedimiento existía y por tanto la posible restricción a la propiedad privada hubiese sido legal.

Ahora, supongamos que en un determinado país no existe normativa que permita la expropiación y (A) se expropia de todos modos las tierras de los particulares y se las entrega a los indígenas, o (B) todos los reclamos indígenas son rechazados por falta de ley. En el supuesto (A), aun cuando el derecho de los indígenas pueda quedar satisfecho, los propietarios particulares podrían denunciar que el Estado procedió a despojarles de sus tierras ilegalmente. En este supuesto el Estado habría incumplido el juicio de proporcionalidad y sería responsable frente a los particulares. Por su parte, en (B) los indígenas pudieran demandar al Estado por no ofrecerles un procedimiento que les permita el reclamo de sus tierras. Así lo entendió la Corte cuando señaló

> [d]e conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.[140]

(5) Finalidad e idoneidad de la restricción

Para la Corte "[e]n este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención".[141] Como se señaló anteriormente, tanto la protección a la propiedad privada como a la comunal son fines compatibles con la Convención. Ambos derechos están protegidos por el artículo 21 de dicho tratado y ambos derechos son necesarios para una sociedad democrática.

---

[138] El término "juicio de proporcionalidad" fue utilizado por primera vez por la Corte en el *Caso Kimel vs. Argentina* (Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 51). Sin embargo, anteriormente el Tribunal había utilizado criterios similares de ponderación, por ejemplo en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*

[139] Antes de la jurisprudencia que introdujo el "juicio de proporcionalidad", el orden en que se presentaban los elementos evaluativos de las restricciones era el siguiente: "cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática" (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, *op cit.*, párr. 144).

[140] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 102. Para un estudio a profundidad del deber del Estado de adecuar su derecho interno, ver el comentario sobre el artículo 2 a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller en esta obra.

[141] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina, op cit.*, párr. 70.

En cuanto a la idoneidad de la medida, en el *Caso Sawhoyamaxa* no había discusión entre las partes respecto a que privar a los particulares de sus tierras de manera legítima era un medio idóneo para satisfacer el derecho a la propiedad comunal de los indígenas. Por esta razón la Corte consideró cumplido este segundo paso del juicio de proporcionalidad.

En lo que a prueba se refiere, la finalidad parecería –en principio– que no requiere de mayor prueba, pero sí de una eficiente argumentación que convenza al juzgador de que el objetivo buscado es compatible con la Convención. En cambio, para la idoneidad tendría que demostrarse que la medida propuesta –expropiación– es el medio adecuado para satisfacer la propiedad comunal.

(6) Necesidad de la restricción

En el juicio de necesidad, la Corte debe "examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas".[142]

En este paso del análisis los indígenas deben demostrar cualquiera de estas dos opciones excluyentes: (A) que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal, o (B) que aun cuando existan otras alternativas –que también hayan satisfecho el juicio de idoneidad– la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal. Por su parte, *el Estado demandado debe demostrar que además de la expropiación existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin –por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales más la entrega de tierras alternativas cumple el mismo fin que la expropiación total.* Dicho de otro modo, deberá demostrarse que no existe ninguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo. En los *Casos Yakye Axa, Sawhoyamaxa y* Xákmok Kásek no hubo prueba de la existencia de otras medidas idóneas menos lesivas.

(7) Estricta proporcionalidad de la restricción

Finalmente, debe evaluarse "si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación".[143] La proporcionalidad persigue determinar si los beneficios que se derivan de la restricción superan los perjuicios que se causan con la misma.

Al analizar este aspecto en el *Caso Yakye Axa*, la Corte señaló:

> los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.
>
> Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.
>
> Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.[144]

[142] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina. Op. cit.*, párr. 74.
[143] *Ibidem*, párr. 83.
[144] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op cit.*, párrs. 146-148.

En *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, la Corte añadió que un criterio fundamental a la hora de resolver respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, es si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.[145]

De otro lado, el Tribunal, teniendo en cuenta el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT,[146] consideró en *Yakye Axa* que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, ya sea con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie.[147]

En dicho caso la Corte no señaló cuáles son esas razones justificadas que pudiesen exonerar al Estado de devolver el territorio a los indígenas. Sin embargo, en el caso *Sawhoyamaxa* el Tribunal excluyó como razón justificada el hecho de que las tierras se encuentren en plena productividad.[148] En *Xákmok Kásek* la Corte fue aún más enfática. Indicó que cualquier argumento bajo el cual los indígenas no puedan, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, "mira la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos".[149]

En suma, cuando el derecho a la devolución de las tierras perdidas se enfrente al derecho a la propiedad privada de terceros de buena fe, debe seguirse el test de estricta proporcionalidad indicado líneas arriba. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción del otro. Ésta es una cuestión compleja de argumentación y prueba. Cada parte deberá demostrar o contradecir, según el caso, que la interferencia en el goce de uno de los derechos satisface al máximo el otro derecho u otros derechos o principios derivados de aquél. En caso de que prime la propiedad comunal sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares;[150] y en el caso contrario, los indígenas deberán recibir ya sea tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie. La elección de cualquiera de estas alternativas (tierras alternativas o indemnización) debe ser consensuada con los indígenas interesados, "conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario".[151] De elegirse tierras alternativas, el Estado deberá asegurarse que éstas sean de extensión y calidad suficientes para que la comunidad indígena o tribal desarrolle sus prácticas tradicionales y preserve su cultura.[152] Las tierras alternativas deberán en lo posible encontrarse dentro del territorio de los ancestros de la comunidad.[153]

[145] Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.,* 128.

[146] El artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT establece en lo pertinente que "cuando el retorno no sea posible, […] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas".

[147] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 149.

[148] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op cit.,* párr. 139.

[149] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op cit.*, párr. 146.

[150] El Tribunal ha señalado que en casos de expropiación "el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. [… P]ara alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva" (Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, op. cit.*, párr. 96).

[151] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op cit.,* párr. 151.

[152] Corte IDH. *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, op cit.,* párrs. 117-121.

[153] *Ibidem*, párr. 286.

g. Deber del Estado de otorgar un recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas

En el *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua,* la Corte señaló que el Estado no había creado un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.[154] Por tal motivo, y teniendo en cuenta que el Estado no se ciñó a un plazo razonable en la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad para la protección de sus tierras, la Corte declaró la violación del artículo 25 de la Convención Americana.

En *Yakye Axa vs. Paraguay,* la Corte señaló que en lo que respecta a pueblos indígenas, "es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres".[155] La Corte notó que el Convenio No. 169 de la OIT en su artículo 14.3 dispone que "[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados". A criterio del Tribunal, esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención, "obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal".[156]

El procedimiento administrativo paraguayo analizado en el *Caso Yakye Axa* no se ajustaba a los estándares expuestos y se había mostrado "abiertamente inefectivo", puesto que únicamente autorizaban a las autoridades administrativas a disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se niegan a vender las tierras y demuestran la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tienen un recurso administrativo efectivo que les permita reclamarlas.[157]

En *Sawhoyamaxa* la Corte volvió a pronunciarse sobre el procedimiento administrativo. Señaló que presentaba al menos tres falencias. La primera radicaba en la remisión que la ley interna hacía al "Estatuto Agrario", el cual tomaba como punto de partida la "explotación racional" de las tierras reclamadas, sin entrar a considerar aspectos propios de los pueblos indígenas, como la significación especial que las tierras tenían para éstos. Bastaba que se comprobara que las tierras estaban explotadas racionalmente para que las autoridades estatales se vieran impedidas de restituir las tierras a las comunidades indígenas que las reclamaban.[158] El procedimiento legislativo ante el Congreso Nacional presentaba las mismas dificultades. Según el propio Estado este procedimiento no había sido efectivo porque el Congreso había considerado la productividad o la utilización económica de la tierra, que era "lo que privilegia la ley de un país que requiere de todos los recursos disponibles para lograr el desarrollo integral de su población y cumplir con sus compromisos internos e internacionales".[159]

En segundo lugar, el procedimiento descansaba en la voluntad de las partes –que acceda a la venta por un lado, o al reasentamiento por el otro– y no en una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia.[160]

Finalmente, las autoridades administrativas paraguayas no habían realizado suficientes estudios técnicos. Ninguno de los informes presentados hacía un estudio lo suficientemente detallado que identificara la

[154] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit*., párr. 138.
[155] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 63.
[156] *Ibidem*, párrs. 95-96.
[157] *Ibidem*, párr. 97.
[158] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 104.
[159] *Ibidem*, párr. 105.
[160] *Ibidem*, párr. 106.

parte específica del territorio que pertenecía a la Comunidad Sawhoyamaxa. Esta falta de diligencias técnico-científicas convirtieron al procedimiento administrativo en inoperativo.[161]

Por las razones señaladas, la Corte reiteró su jurisprudencia anterior,[162] en el sentido de que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa recuperen sus tierras tradicionales.[163] Consecuentemente, decretó la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención.[164]

Posteriormente, en el *Caso Xákmok Kásek* la Corte volvió a condenar a Paraguay, pues todavía no había realizado las modificaciones pertinentes en su ordenamiento interno.[165]

En *Pueblo Saramaka* la Corte consideró que el recurso judicial disponible conforme al Código Civil de Surinam era inadecuado e ineficaz para reparar las violaciones al derecho de propiedad comunal por dos razones. Primero, dicho recurso sólo estaba disponible para las personas que reclamaban una violación de sus derechos individuales. El Pueblo Saramaka, como entidad colectiva cuya personalidad jurídica no estaba reconocida por el Estado, no podía utilizar dicho recurso para afirmar el derecho a la propiedad comunal. Segundo, el derecho a la propiedad comunal no estaba reconocido por el Estado.[166]

h. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas

Si bien en los *Casos Yakye Axa vs. Paraguay* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* la Corte ya había considerado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio tradicional se hacía extensivo a los recursos naturales que en él se encontraran,[167] fue en el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* en donde se desarrolló esta idea en extenso.

De acuerdo con el marco constitucional y legal de Surinam, los Saramaka no tenían derecho a la propiedad, sino un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión. Los derechos de propiedad de todos los recursos naturales, conforme a la legislación interna, pertenecían al Estado.

La Corte resolvió que el derecho a usar y gozar del territorio "carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio". El reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales "deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida". Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, "es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad". De este análisis, la Corte entendió que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos por el artículo 21 "son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo".[168]

Consecuentemente, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar que: i) existe una relación especial con los territorios; ii) existe una relación especial con los recursos naturales –debe

[161] *Ibidem*, párr. 107.
[162] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 98.
[163] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 108.
[164] *Ibidem*, párr. 112.
[165] Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 90.
[166] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, op. cit.*, párr. 179.
[167] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 137, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 118.
[168] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, op. cit.*, párr. 122.

indicarse cuáles–; y iii) territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural de la comunidad o pueblo en cuestión.

La Corte también consideró que toda actividad de exploración o extracción de recursos naturales en el territorio de una comunidad podría afectar directa o indirectamente los recursos tradicionales de esa comunidad. La afectación es directa cuando el recurso tradicional es precisamente el recurso explotado. La afectación es indirecta cuando por la extracción de recursos no utilizados por la comunidad se causa perjuicio, en mayor o menor grado, al uso y goce de algún recurso tradicional. En el caso concreto de los Saramakas la tala de bosques era una afectación directa, pues el bosque mismo era un recurso tradicional. Pero además, al talar los bosques los despojos de esta actividad bloquearon los arroyos, varias zonas que los Saramakas utilizaban para sus cultivos se inundaron, el pueblo empezó a tener dificultades para acceder a fuentes de agua limpia y el desarrollo normal de sus actividades pesqueras se vio interrumpido. Todas estas eran afectaciones indirectas que podían ser tanto o más dañinas que las afectaciones directas. De hecho, las actividades madereras llevadas a cabo dentro del territorio Saramaka causaron, conforme a los peritos que declararon ante el Tribunal, impactos sociales, ambientales y de otra índole "graves y traumáticos", siendo caracterizada como una de las "peor planeadas, más dañinas y derrochadoras" explotaciones forestales.[169]

Por estas razones y teniendo como fin evitar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio sean evidentemente desproporcionadas, la Corte consideró que el Estado tenía la obligación de i) asegurar la participación efectiva de los miembros del Pueblo Saramaka, "de conformidad con sus costumbres y tradiciones, [en] todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción […] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka"; ii) garantizar que los Saramakas "se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio"; y iii) "garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental".[170]

El requisito señalado en (i) se refiere a la consulta libre, previa e informada, la cual, por su importancia, será analizada en el siguiente acápite. El requisito señalado en (ii) se refiere al deber de compartir razonablemente los beneficios de los proyectos de explotación con el pueblo indígena afectado. La justificación de este deber se encuentra, a criterio de la Corte, en el artículo 21.1 de la Convención, que establece que "[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa". El derecho a recibir el pago de una indemnización "se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado […], sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad". En el caso de pueblos indígenas y tribales, la indemnización "se traduce en el derecho [de los indígenas] a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia".[171]

Finalmente, el tercer requisito se refiere al deber del Estado de realizar estudios de impacto ambiental y social. En *Pueblo Saramaka* las concesiones madereras no habían sido precedidas de tales estudios, lo que desencadenó importantes daños al ambiente y un "impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del Pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente".[172] De ello podemos concluir que los Estados deben llevar a cabo o supervisar estudios ambientales y sociales previos, a fin de asegurar que las concesiones o cualquier proyecto de desarrollo afecten en la menor medida de lo posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.

[169] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Op. cit.*, párr. 151.
[170] *Ibidem*, párr. 129.
[171] *Ibidem*, párr. 139.
[172] *Ibidem*, párr. 154.

11. Consulta previa, libre e informada

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados ha sido desarrollado por la Corte principalmente en el *Caso Pueblos Saramaka vs. Suriname.* En el momento en que este comentario se escribe, la Corte IDH se encuentra conociendo el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*,[173] en el cual se espera que la Corte expanda o clarifique su análisis.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha tenido la posibilidad de analizar de forma más detallada este derecho en su Informe *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales,*[174] documento que será la base de la presente sección.

a. El derecho a la consulta y su vinculación con otros derechos humanos

El derecho a la consulta se vincula particularmente con el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana.[175] Este artículo reconoce el derecho de todos los ciudadanos a "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos". En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a "participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos […] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización".[176]

La Comisión Interamericana ha señalado que, además del derecho a la participación del artículo 23, el derecho a ser consultado "es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente".[177] Para la Comisión "uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales".[178]

El derecho a la consulta, también está relacionado con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los indígenas.[179]

Finalmente, la consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales,[180] derecho que ha sido reconocido por la Corte Interamericana en el *Caso Pueblo Saramaka vs.*

[173] La demanda de la Comisión ante la Corte en este caso puede encontrarse en el siguiente enlace: http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf

[174] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*

[175] *Ibidem*, párr. 274.

[176] Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.

[177] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 275; CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.*, párr. 142.

[178] CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.*, párr. 142.

[179] CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

[180] El Relator Especial ha señalado que el derecho a la consulta "es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad […]. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. […] En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados" (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

Surinam.[181] La libre determinación de los pueblos indígenas responde, a criterio del Relator Especial de la ONU, "a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión".[182]

b. ¿Sobre qué se debe consultar?

El Convenio 169 de la OIT dispone en su artículo 6.1(a) que los Estados deberán "consultar a los pueblos interesados […] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 19 que "[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados […] antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten".

De la normativa transcrita se desprende claramente que la consulta es sobre todas las medidas que se planeen adoptar, sea por vía legislativa o administrativa, que afecten de manera directa a los indígenas. La consulta, entonces, no se limita únicamente a asuntos que afecten las tierras ancestrales o los recursos naturales de los pueblos indígenas o tribales, sino que comprende todas las acciones administrativas o legislativas de los Estados que puedan tener un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.[183] Tal y como lo ha expuesto la Comisión Interamericana, la obligación estatal de consultar abarca incluso la reglamentación legal de los procedimientos de consulta.[184]

c. ¿Quiénes deben participar en la consulta?

Según la Comisión Interamericana, la participación en los procesos de consulta corresponde a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales, y a los pueblos como un todo.[185] Además, la Comisión ha señalado que todos los miembros de tales pueblos deben ser "plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso" y deben contar con una "oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente".[186] De darse el caso en que algunos miembros de tales pueblos no jueguen un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades, según la Comisión, se desconoce el requisito de participación plena.[187] Del mismo modo, conforme lo indica la Comisión, no podría hablarse de plena participación, si la consulta se realiza "sólo a una determinada banda, clan o segmento del pueblo correspondiente, sin mandato aparente de las demás bandas, clanes o segmentos del mismo; o cuando no se desarrollan consultas apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre dichos derechos o intereses, en particular cuando dichas decisiones conllevan la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales".[188]

La Corte Interamericana ha adoptado una posición menos definida. En *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte omitió en la sentencia de fondo cualquier consideración específica en relación a quién debería ser consultado. Ello motivó al Estado a solicitar al Tribunal que aclarara con quién debe consultar para establecer el mecanismo por el cual se garantizara la participación efectiva del Pueblo Saramaka. El

[181] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*, párr. 80.
[182] ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 79.
[183] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 273.
[184] *Ibidem*, párr. 300.
[185] *Ibidem*, párr. 286.
[186] *Ibid*.
[187] CIDH, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), *op. cit.*, párr. 140.
[188] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 286; CIDH, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), *op. cit.*, párr. 140.

Estado preguntó si estaba obligado a consultar “con la colectividad de los capitanes Saramaka, o con los capitanes individuales de cada territorio, o con el Jefe Máximo (el *Gaa’man*), o con otras entidades subsidiarias dentro de la cultura, costumbres y tradiciones del pueblo Saramaka”.[189]

En su sentencia de interpretación, la Corte Interamericana reconoció que deliberadamente omitió señalar quiénes deberían ser específicamente los consultados, puesto que esa decisión recaía en el Pueblo Saramaka y no en el Estado. Reiteró que la consulta se debe realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión, siendo el pueblo el que decida sobre quién o quiénes lo representarán en cada proceso de consulta.[190]

Lo que aún está por definirse en este punto es hasta donde llega la discreción del pueblo indígena o tribal en la designación de sus representantes o en los procesos internos de toma de decisión. Por ejemplo, ¿podría argüirse que un proceso deliberativo al interior de una comunidad es válido a pesar de que conforme a la cultura de esa comunidad sectores poblacionales como mujeres u homosexuales no tuvieron voz? ¿Debería el Estado incidir para que los sectores excluidos sean tomados en cuenta por el resto de comunidad?. Estas y otras preguntas son temas pendientes en el Sistema Interamericano, pero podría pensarse que los criterios expuestos por la Comisión líneas arriba apuntarían a que si un segmento de la población (en nuestro supuesto mujeres u homosexuales), no participaron en los procesos de consulta, no podría hablarse de “plena participación”.[191]

Otra cuestión a tener en cuenta es la naturaleza de la medida propuesta y el alcance de su impacto. Así, por ejemplo, en casos de reformas legislativas que interesan a los pueblos indígenas, el derecho a la consulta exige “mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos los pueblos indígenas y al alcance de estos”.[192] En cambio, medidas que afecten a un determinado pueblo o comunidad, como afectaciones a su territorio tradicional, requerirán que únicamente se consulte al pueblo afectado.

d. No causar perjuicio a otros pueblos indígenas

Cuando los Estados realicen procesos de consulta a los pueblos indígenas o tribales sobre las tierras tradicionales, deben tener cuidado de no causar perjuicio a otras comunidades indígenas.[193]

La ausencia prolongada de títulos efectivos de propiedad indígenas ha conducido en muchos países a un alto nivel de inseguridad jurídica en torno a los derechos que ostentan las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, lo que en ocasiones se ha traducido en conflictos de propiedad entre las propias comunidades indígenas. En este contexto, la Corte Interamericana ha tomado en consideración los reclamos legítimos que puedan ostentar comunidades indígenas vecinas sobre las mismas áreas geográficas, y ha estipulado que en los procesos de demarcación, los límites exactos de los territorios indígenas “sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas”, con su participación y consentimiento informado.[194]

---

[189] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 11.

[190] *Ibidem*, párr. 18.

[191] La Comisión también ha indicando que la consulta no puede ser interpretada de forma tal que se limiten derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social (CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.,* párr. 321).

[192] ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 82.

[193] CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.*, párrs. 193 y 197, recomendación 1.

[194] Corte IDH. *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *op. cit.*, párrs. 133 y 210.

e. Participación en todas las instancias

A través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales "en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación".[195]

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos meramente formales,[196] o limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños.[197]

f. ¿Quién debe realizar la consulta?

La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado y no de terceros particulares, como podrían ser las empresas que buscan explotar los recursos naturales en territorios indígenas. La Comisión Interamericana ha denunciado que en varios países de la región se ha privatizado la responsabilidad del Estado al haberse transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas. El resultado ha sido que con frecuencia los procesos de negociación no han tomado en cuenta los derechos de los pueblos indígenas, "porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias".[198] Por ello, la Comisión ha resaltado que "[l]a consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes".[199]

g. Marco regulatorio adecuado

La Comisión Interamericana ha considerado que los Estados tienen el deber, derivado de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de regular adecuadamente los procesos de consulta, "de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados".[200] Las medidas a adoptarse con tal fin deben desarrollar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros, garantizar su participación en la toma de decisiones que afecten sus derechos, así como incrementar su participación en las decisiones que se tomen a nivel nacional.[201] Temas como la información que debe ser compartida con los indígenas afectados, deben ser regulados, buscándose describir reglas y requisitos claros para todo el proceso de la consulta.[202]

La ausencia de regulación de los procesos de consulta no exime al Estado del deber de cumplir con todos los aspectos relacionados con el derecho que asiste a los pueblos indígenas y tribales de ser consultados.[203]

---

[195] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, *op. cit.*, párr. 248.
[196] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 317.
[197] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, *op. cit.*, párr. 248.
[198] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 291.
[199] *Ibidem*, párr. 291.
[200] *Ibidem*, párr. 298.
[201] CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, *op. cit.*, Capítulo X, párr. 39 y recomendación 1.
[202] CIDH, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit.*, párr. 143.
[203] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 298.

h. La consulta debe ser previa

La consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse con suficiente antelación a la adopción de la medida legislativa o administrativa que pueda afectar sus intereses. En el caso de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o en el caso de concesiones, la consulta debe darse durante las primeras etapas de estas medidas y "no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad […]. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado".[204] La Comisión Interamericana también ha señalado que los procedimientos de consulta se deben desarrollar "antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas".[205]

i. La consulta debe ser culturalmente adecuada

Para la Corte Interamericana, la consulta debe realizarse "a través de procedimientos culturalmente adecuados", "de conformidad con sus propias tradiciones", y teniéndose en cuenta "los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones".[206]

j. La consulta debe ser informada

Para la Corte, la consulta informada implica que los pueblos indígenas tengan "conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria".[207] Deber que "implica una comunicación constante entre las partes".[208]

Según la Comisión, "[l]os procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta".[209] La consulta informada exigiría que los Estados se aseguren que los pueblos indígenas o tribales consultados "puedan comprender y hacerse comprender […], facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes".[210] De ser el caso, debería también ofrecerse a los indígenas asistencia técnica independiente, con miras a que "tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas".[211] Por último, el Estado debe informar sobre los beneficios que serán percibidos por los afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ocasionados.[212]

k. La consulta debe ser de buena fe

Al decir de la Corte Interamericana, "las consultas deben realizarse de buena fe", y "deben tener como fin llegar a un acuerdo".[213]

La Comisión ha explicado que la buena fe es una obligación que recae tanto en el Estado como en los pueblos indígenas. Por un lado, los Estados deben abstenerse de: i) cualquier tipo de coerción, ya sea

[204] Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit*., párr. 133.
[205] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, *op. cit.*, párr. 249.
[206] Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 133.
[207] *Ibid*.
[208] *Ibid*.
[209] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 308.
[210] *Ibidem*, párr. 311.
[211] *Ibidem*, pár. 312.
[212] *Ibidem*, párr. 313. Ver también, CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, *op. cit.*, párr. 248.
[213] Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 133.

de forma directa (a través de agentes estatales) o indirecta (a través de terceros que actúan con el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado);[214] y ii) cualquier tipo de intento por desintegrar la cohesión social del pueblo indígena o tribal afectado, "sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales".[215]

Por otro lado, la Comisión añadió que la buena tiene una serie de implicaciones para los propios pueblos indígenas. "Como partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos".[216] En *Pueblo Saramaka,* la Corte añadió dos obligaciones que recaen sobre los pueblos indígenas y tribales en los procesos de consulta: i) el pueblo indígena debe informar al Estado sobre quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta, y ii) una vez realizada la consulta, el pueblo debe dar a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, "así como sus fundamentos".[217] Esta última obligación significaría que los pueblos indígenas no podrían negarse sin más a cualquier proyecto impulsado por el Estado. Deberán explicar las razones de su negativa.

Finalmente, ambas partes, Estado e indígenas, deben velar por el establecimiento de un clima de confianza y respeto mutuo.[218] Las partes deben mostrar "flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego".[219] Posiciones cerradas o intransigentes de cualquiera de las partes irían en contra del principio de buena fe que debe regir la consulta. Para los Estados, la flexibilidad radica, *inter alia,* en "ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas".[220] En otras palabras, los pueblos consultados deben estar en la capacidad de modificar el plan inicial, lo que requiere que las autoridades estatales presten la consideración debida a los resultados de la consulta.[221]

l. El deber de adoptar decisiones motivadas

La Corte Interamericana ha señalado que "las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias".[222] Asimismo, la Corte ha subrayado que la fundamentación de las decisiones estatales es una garantía que "otorga credibilidad [a] las decisiones jurídicas en una sociedad democrática", "proporciona la posibilidad de criticar la resolución y un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores" y, en consecuencia, es "una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso".[223]

En el caso de la consulta libre, previa e informada, el deber de motivación estatal se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar – total o parcialmente– los resultados de la consulta en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado arguya para la no incorporación de los resultados de la consulta deben ser "objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática".[224] La decisión estatal debe ser

[214] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 318.
[215] *Ibidem*, párr. 319.
[216] *Ibidem*, párr. 321.
[217] *Ibidem*, pár. 19.
[218] *Ibidem*, párr. 320.
[219] *Ibidem*, párr. 324.
[220] *Ibid*.
[221] *Ibidem*, párr. 325.
[222] Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros "Corte Primera de lo Contencioso Administrativo" vs. Venezuela.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de Agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 78.
[223] Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2007. Serie C, No. 193, párrs. 152-153.
[224] CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *op. cit.*, párr. 327.

formalmente comunicada al pueblo indígena o tribal respectivo, y además, dicha decisión debe estar sujeta a revisión "por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego".[225]

m. ¿Derecho al veto?

En *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte indicó que en ciertas ocasiones el Estado no solamente debe consultar a los pueblos indígenas o tribales sino también obtener su consentimiento.[226] Para el Tribunal "consulta" y "consentimiento" no son lo mismo.[227] El consentimiento sería algo adicional a la consulta, que se aplicaría en casos de "grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [indígena o tribal] a gran parte de su territorio", en donde el Estado no solamente estaría obligado a consultar sino, "adicionalmente […], obtener el consentimiento".[228]

La consecuencia de esta posición –que la Corte no reconoce directamente en su sentencia– sería que si el pueblo consultado se niega al plan o proyecto, o lo que es lo mismo, el Estado no obtiene su consentimiento, el plan o proyecto no debería llevarse a cabo. ¿Estaría entonces la Corte reconociendo un derecho al veto?

Para responder esta pregunta es necesario estudiar las fuentes que la Corte utilizó para diferenciar la consulta del consentimiento. La primera fuente fue un informe del Relator Especial, quien, según la Corte, ha señalado que "[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo".[229] La Corte también citó al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el cual, según la Corte, ha indicado lo siguiente:

> [e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades.[230]

En las dos fuentes citadas por la Corte (el Relator Especial y el CERD) para justificar la distinción que hizo entre consulta y consentimiento, existen secciones que no fueron mencionadas por el Tribunal y que aparentemente cambian el sentido de lo recogido. En primer lugar, el Relator Especial si bien menciona en el párrafo que la Corte cita que el consentimiento es esencial en relación con grandes proyectos de desarrollo, en el mismo párrafo el Relator indica cuáles son las consecuencias del consentimiento, las cuales no implican un derecho al veto. El Relator Especial indicó textualmente lo siguiente:

> En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas *y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutualmente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.* [231]

[225] *Ibidem*, párr. 328.
[226] La Corte indicó: "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [a los pueblos en cuestión], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones"
[227] Corte IDH. C*aso Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit*., párr. 134.
[228] *Ibidem*, párr. 137.
[229] *Ibidem*, párr. 135.
[230] *Ibidem*, párr. 136 y nota al pie de página 133.
[231] ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y

Si se compara la sección no subrayada de la cita que aparece en el párrafo anterior, que corresponde al texto oficial en español del informe del Relator Especial, con la cita que la Corte Interamericana incluyó en su sentencia de *Pueblo Saramaka*, salta a la vista que aunque se recoge la misma idea, las citas no son iguales. Quizá esta incompatibilidad se deba a que la sentencia en *Pueblo Saramaka* fue elaborada en inglés y traducida al español, pues el inglés era el idioma del caso.[232] En segundo lugar, y más importante aún, es la parte subrayada de la cita, que no aparece en el texto de la sentencia de la Corte. Para el Relator Especial, el consentimiento no implica un derecho al veto, sino que implica una distribución aceptable de los beneficios del plan o proyecto y la implementación de mecanismos independientes para la solución de controversias.

Algo similar ocurre con el párrafo del CERD. La versión oficial en español reza:

> En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades *antes de iniciar la explotación de los recursos* no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general Nº XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con *conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación. En su próximo informe periódico, el Estado Parte debe facilitar información detallada sobre la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, así como sobre los recursos de que disponen los indígenas para reclamar una indemnización en caso de empobrecimiento del medio ambiente de sus tierras tradicionales*.[233]

Nuevamente la versión citada por la Corte adolece de dos falencias. No se utiliza el texto oficial en español, por un lado, y se omite información relevante (la que aparece subrayada), por el otro. El párrafo del CERD no distingue, como la Corte sí lo hace, entre planes de inversión a gran escala que requerirían del consentimiento, y planes de inversión a pequeña escala que sólo requerirían de consulta. Para el CERD, la "mera consulta" es inaceptable, lo que no necesariamente debe interpretarse como que los indígenas tienen el derecho al veto, sino como una prohibición de consultas meramente formales o realizadas sin buena fe. Adicionalmente, el CERD habla de que la consulta debe ser informada ("con conocimiento de causa") y de la necesidad de la "división equitativa" de los recursos, más no de veto. Por último, en su Recomendación General No. XXIII, que el CERD mencionó en el párrafo que estamos comentando, no existe ninguna alusión al supuesto derecho al veto de los pueblos indígenas.

El actual Relator Especial, con posterioridad al *Caso Pueblo Saramaka*, ha aclarado la duda de si en verdad los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho al veto. El Relator sostuvo que si bien la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT sostienen que las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse de buena fe, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, no debe considerarse que dichos instrumentos internacionales confieran a los indígenas un poder de veto en términos generales.[234]

No obstante, el mismo Relator indicó que la importancia de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses en juego. Si una medida tiene un efecto "directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas", existirá "una presunción sólida de que la medida

libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66. Destacado de los autores.

[232] Según el artículo 22.2 del Reglamento de la Corte, "[l]os idiomas de trabajo serán los que acuerde la Corte cada año. Sin embargo, para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el del Estado demandado, o en su caso, del Estado demandante, siempre que sea oficial".

[233] ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

[234] ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas". Esta presunción podría en determinados contextos pasar a "convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas".[235]

Para el Relator, la Declaración de la ONU consagra dos situaciones "en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento". Esas situaciones son las consagradas en los artículos 10 y 29.2 de la Declaración. El artículo 10 señala:

> Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Mientras que el artículo 29.2 dispone:

> Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

Ahora bien, pese a la importancia de la Declaración, ésta no es un tratado vinculante para los Estados, como sí lo es el Convenio 169 de la OIT, el cual, en su artículo 16.2 dispone:

> Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. *Cuando no pueda obtenerse su consentimiento*, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (énfasis fuera del texto).

Como puede observarse, el Convenio 169, a diferencia de la Declaración de la ONU, consagra la posibilidad de que el consentimiento no pueda obtenerse, lo que permite concluir que la única norma vinculante en la materia no reconoce un derecho al veto. Además, el Relator Especial ha reconocido que la obtención del consentimiento de los indígenas es una exigencia que no les confiere un poder de veto "sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas".[236] Lamentó que se haya planteado el debate actual de si los pueblos indígenas tienen o no un derecho al veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo, pues consideró que tal debate "no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración".[237]

En suma, para el Relator Especial, el consentimiento es la finalidad que todo proceso de consulta debe buscar de buena fe, sea para proyectos de inversión a gran escala como para proyectos de mediana o pequeña escala u otro tipo de cuestiones que puedan afectar los intereses de los pueblos indígenas y tribales. El deber de consultar "ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia",[238] pero no puede ser utilizado como una herramienta que permita a los pueblos indígenas "imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público".[239]

[235] *Ibidem*, párr. 47. Ver también, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83.
[236] *Ibidem*, párr. 48.
[237] *Ibid*.
[238] *Ibidem*, párr. 49.
[239] *Ibid*.

Lo anterior no obsta a que en contadas circunstancias las afectaciones y daños que podrían ocasionarse a la vida o territorios de los pueblos indígenas sean a todas luces desmedidas. En tales casos excepcionales, la negativa de los indígenas debería ser considerada como una prohibición de la medida, porque los sacrificios que se les pediría no serían tolerables, proporcionales o necesarios en una sociedad democrática.

La Corte Interamericana indicó en *Gelman vs. Uruguay* que "en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías".[240] Haciendo una analogía al tema que estamos tratando, podría decirse que en casos de severas afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría. El test a usarse, por ende, no es diferenciar entre consulta y consentimiento, sino establecer la estricta proporcionalidad de la restricción. Sea cual sea la medida a implementarse (proyectos de inversión a gran o pequeña escala, concesiones, incursiones en territorios indígenas, apropiación de conocimientos tradicionales, etc.), si los indígenas no dan su consentimiento, las autoridades públicas deben realizar un ejercicio de ponderación en el que no se exija a los pueblos indígenas sacrificios desproporcionados que tengan un impacto directo en su vida y territorios. En caso de concluirse que la afectación a los indígenas no es proporcional y aceptable en una sociedad democrática, la medida impulsada por el Estado no debería llevarse a cabo. Esta valoración debe ser realizada, como se dijo anteriormente, por la autoridad pública a cargo de impulsar la medida en cuestión, pero también debe otorgarse a los afectados la posibilidad de cuestionar judicialmente las decisiones de la autoridad administrativa.

Como se indicó al inicio de esta sección, actualmente la Corte Interamericana tiene en sus manos el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*,[241] en donde también se está alegando una violación al derecho a la consulta. Habría que esperar que la Corte Interamericana clarifique su jurisprudencia en este tema.

12. Derechos de los niños (artículo 19 CADH)

En el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay,* la Corte comprobó las condiciones de miseria en las que se encontraban los miembros de la Comunidad como consecuencia de la no restitución de sus tierras tradicionales. Las condiciones de extrema vulnerabilidad afectaron en forma particular a los niños y niñas, pues su desarrollo se había visto comprometido y los índices de atrofia en su crecimiento, así como de desnutrición, habrían aumentado. Igualmente, 11 de los 13 miembros de la Comunidad cuya muerte fue imputada al Estado, eran niños o niñas.[242]

El Tribunal recordó que los niños poseían los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tenían, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que correspondían deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.[243] La prevalencia del interés superior del niño debía ser entendida "como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad". Asimismo, el Estado debía "prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad".[244]

[240] Corte IDH. *Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 239.
[241] La demanda de la Comisión ante la Corte en este caso puede encontrarse en el siguiente enlace: http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf
[242] Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párrs. 259-260.
[243] *Ibidem*, párr. 257. Ver también, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.
[244] *Ibid*.

La Corte estableció que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponían "diversas medidas de protección" y constituían "los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños".[245]

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advirtió que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecía una obligación adicional y complementaria que dotaba de contenido al artículo 19 de la Convención, y que consistía en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma. Asimismo, el Tribunal estimó que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural estaba incluida "la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas".[246]

Finalmente, indicó que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectaban en forma particular "el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura, si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos".[247]

En el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la familia Nech se vio desintegrada como consecuencia de la desaparición forzada del padre de familia y el desplazamiento que el resto del grupo familiar tuvo que realizar por las amenazas que recibía. La desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores. El Tribunal señaló que el desarrollo del niño "es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social". Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, "los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma".[248] En razón de que los niños Chitay se vieron privados de su vida cultural, la Corte consideró que el Estado era responsable de la violación del artículo 19 de la Convención.

En el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, en el que se denunciaba que la niña Rosendo Cantú, de 17 años de edad, fue violada por militares, la Corte señaló que, de conformidad con sus obligaciones convencionales, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a su favor, no sólo durante la denuncia penal, "sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad".[249]

En el *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, que aún se encuentra pendiente en la Corte, la Comisión denunció que niños y niñas indefensos fueron ejecutados extrajudicialmente por patrulleros y miembros del ejército de Guatemala. Al menos 144 niños, la gran mayoría menores de 10 años de edad, perdieron la vida durante las diferentes masacres de que fue víctima la comunidad maya de Río Negro.[250] La Comisión consideró que estos hechos, además de violentar el derecho a la vida de los niños y niñas, constituían una violación a los derechos que se derivan del artículo 19 de la Convención.

De otro lado, varios niños que sobrevivieron las masacres fueron trasladados forzosamente y obligados a convivir con sus victimarios, en condiciones de servidumbre, desarraigándolos de sus familiares

[245] *Ibidem*, párr. 258.
[246] *Ibidem*, párrs. 261-262.
[247] *Ibidem*, párr. 263.
[248] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 169.
[249] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.*, párr. 201.
[250] Ver escrito de la Comisión de sometimiento del caso, supra nota 4377.

sobrevivientes y de los valores étnicos y culturales de su comunidad. Para la Comisión, estos hechos constituirían una violación de los derechos del niño, a no ser sometido a trabajo forzado y a la familia.[251]

13. Libertad de circulación (artículo 22 CADH)

En el *Caso Moiwana vs. Surinam* se demostró que los miembros de la Comunidad tenían la convicción de que no podrían regresar a su territorio ancestral mientras no obtuvieran justicia por el ataque perpetrado en su contra por parte del Estado, el cual dejó varios muertos y forzó a los sobrevivientes a huir de sus tierras tradicionales. Los testigos que declararon ante la Corte expresaron temores con respecto a espíritus vengadores, y afirmaron que sólo podrían vivir en la aldea de Moiwana nuevamente si se purificaban primero sus tierras.[252] La Corte constató que el Estado no había establecido las condiciones, ni provisto los medios que permitieran a los miembros de la Comunidad "regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales", dado que objetivamente no existía garantías de que serían respetados sus derechos humanos. Al no haberse establecido tales elementos, incluyendo, sobre todo, una investigación penal efectiva que pusiera fin a la impunidad, Surinam no había garantizado, a criterio del Tribunal, el derecho de circulación y residencia a los miembros de la Comunidad. Por ello, declaró la violación del artículo 22 de la Convención.[253]

En *Chitay Nech y otros vs. Guatemala,* los familiares de la víctima tuvieron que huir de su comunidad para proteger sus vidas ante las graves amenazas y constantes persecuciones que sufrieron, así como la posterior desaparición de Florencio Chitay. El Tribunal estimó que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas. El abandono de la Comunidad no sólo fue material para las familias que tuvieron que huir, "sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual". El desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad "provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral". El Tribunal agregó que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad podía colocarlos en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural generaba un claro riesgo de extinción, cultural o físico.[254]

En *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, en el momento en que este comentario se escribe todavía en trámite ante la Corte, la Comisión se encuentra denunciando que una comunidad indígena vecina al Pueblo Sarayaku habría impedido el paso de los Sarayaku por la única vía de transporte en la zona, esto es el río Bobonaza. El Estado habría tenido pleno conocimiento del problema de libre circulación que afectaba a las presuntas víctimas por al menos dos años, sin que haya ofrecido ni implementado medidas para subsanar esta situación. Para la Comisión Interamericana, la responsabilidad del Ecuador se vería comprometida por no haber protegido a los miembros del Pueblo de Sarayaku, con la finalidad de que pudieran circular libremente por el río Bobonaza, a sabiendas que la comunidad indígena vecina había hecho pública su intención de no dejarlos pasar. Asimismo, la Comisión considera que el Estado sería responsable por haber impedido, a través de destacamentos militares, el libre tránsito y circulación de los miembros del Pueblo de Sarayaku. Finalmente, la Comisión indicó que la empresa privada que recibió la concesión para explotar petróleo en el territorio Sarayaku habría colocado explosivos en el dicho territorio como parte de sus actividades petroleras.

Estos hechos, según la Comisión, impactaron la libre circulación de los Sarayaku, al reducir las áreas en que ellos podrían circular, buscar alimentos y procurar su subsistencia, además del riesgo para el derecho a la vida que los explosivos acarrean.[255]

[251] *Ibidem*.
[252] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.,* párr.113.
[253] *Ibidem*, párrs. 120-121.
[254] *Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.,* párrs. 145-147.
[255] Ver demanda de la Comisión ante la Corte, supra nota 4517.

14. Derechos políticos (artículo 23 CADH)

La organización indígena Yapti Tasba Nanih Aslatakanka (YATAMA), que significa la "organización de los hijos de la madre tierra", era una organización indígena que representaba a numerosas comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua, primordialmente a los miembros del pueblo indígena miskitu.

YATAMA participó en elecciones regionales y municipales desde 1990 hasta 1998 bajo la figura de "asociación de suscripción popular", de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Electoral de 1990. Dicha figura permitía la participación política de los indígenas conforme a su propia forma organizativa.

El 24 de enero de 2000 se adoptó una nueva Ley Electoral, la cual no contemplaba la figura de las asociaciones de suscripción popular. Sólo se permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos. La Ley Electoral disponía que para presentar candidatos debía acompañarse a la solicitud de inscripción el 3% de las firmas requeridas del padrón electoral de cada circunscripción electoral, y para las elecciones municipales los partidos políticos debían inscribir candidatos al menos en el 80% de los municipios y al menos en el 80% del total de las candidaturas.

YATAMA, después de innumerables esfuerzos para cumplir con los requisitos de la nueva Ley Electoral, logró obtener personalidad jurídica como "partido político regional". Sin embargo, las autoridades electorales consideraron que YATAMA no había cumplido con otros de los requisitos establecidos en la Ley Electoral y excluyeron a YATAMA de las elecciones municipales de 2000.

La Corte indicó que "no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político", y sin desconocer la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, el Tribunal reconoció que "hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales".[256]

La Corte consideró que la participación en los asuntos públicos de organizaciones distintas a los partidos "es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa".[257] Declaró que "la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000". El Estado no justificó que dicha restricción atendiese a un propósito útil y oportuno que la tornara necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implicaba "un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA".[258]

La Corte estimó que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituía una "restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido".[259]

En cuanto a la exigencia de la Ley Electoral de presentar candidatos en al menos 80% de los municipios de la respectiva circunscripción y 80% del total de candidaturas, la Corte consideró que constituía "una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos

[256] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua, op. cit.*, párr. 215.
[257] *Ibidem*, párr. 217.
[258] *Ibidem*, párr. 218.
[259] *Ibidem*, párr. 219.

propuestos por YATAMA para las elecciones municipales de noviembre de 2000", ya que no se tomó en cuenta "que la población indígena y étnica es minoritaria", ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo.[260]

En razón de todo lo anterior, la Corte encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por YATAMA, ya que se vieron "afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000".[261]

Las violaciones a los derechos de los candidatos propuestos por YATAMA fueron declaradas por la Corte como "particularmente graves" porque también se afectó a los electores. La exclusión significó que los candidatos propuestos por YATAMA no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual "representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia".[262]

Posteriormente, se presentó a la Corte IDH el *Caso Castañeda Gutman vs. México*, en el que la Comisión Interamericana denunciaba que los Estados Unidos Mexicanos eran responsables de la violación de los derechos políticos del señor Jorge Castañeda Gutman, porque se le impidió participar como candidato independiente para las elecciones presidenciales, exigiéndosele que participara a través de partidos políticos. La Comisión usaba al *Caso YATAMA vs. Nicaragua* como fundamento de su reclamo.

La Corte Interamericana rechazó la solicitud de la Comisión y consideró que México no había violado el artículo 23 de la Convención Americana al exigir al señor Castañeda que participara a través de un partido político. Diferenció el *Caso Castañeda* del *Caso YATAMA* de la siguiente manera:

> El *Caso Yatama* trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. En cambio, el presente caso se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato.[263]

El *Caso Castañeda* muestra que ciertas exigencias legales en contextos no-indígenas pueden estar en conformidad con la Convención Americana, pero las mismas exigencias legales en contextos indígenas o tribales serían una violación a la Convención.

En *Escué Zapata vs. Colombia*, relativo a la ejecución de un líder indígena por parte del Ejército colombiano. Los representantes de la víctima alegaron que, además del derecho a la vida del señor Germán Escué Zapata, se violaban también los derechos políticos del propio señor Escué y los derechos políticos de su pueblo: el Pueblo Paez.[264]

[260] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua. Op. cit.*, párr. 223.
[261] *Ibidem*, párr. 224.
[262] *Ibidem*, párr. 226.
[263] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrs. 172.
[264] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.*, párr. 118.

Respecto a la alegada violación de los derechos políticos del Pueblo Paez, la Corte indicó que no la analizaría, puesto que el mismo no fue identificado por la Comisión Interamericana como víctima del caso.[265] En cuanto a la alegada violación de los derechos políticos del señor Escué Zapata, la Corte recordó su jurisprudencia según la cual "la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación […] de otros derechos consagrados en la Convención Americana". Agregó que "los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana tienen, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio", y los representantes de la víctima, más allá de la muerte de ésta, no indicaron "otro hecho que vulnere ese contenido jurídico específico" de los derechos políticos. El Tribunal concluyó que no se había demostrado una violación de los derechos consagrados en el artículo 23.1 de la Convención en perjuicio del señor Escué Zapata.[266]

Diferente resultado tuvo el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada del señor Florencio Chitay Nech, maya *kaqchikel*, quien ocupaba el cargo de Concejal Primero del Consejo Municipal de San Martín Jilotepeque. La Corte consideró que el contexto en el cual se produjo la desaparición de la víctima mostraba un evidente patrón de hostigamiento contra la población considerada como "enemigo interno", en su mayoría mayas. Tal hostigamiento tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales, sino también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil de la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros indígenas que ejercían cargos públicos, demostraba "la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política".[267]

La Corte declaró que con el hostigamiento y posterior desaparición de Florencio Chitay no sólo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del período comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. La comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.[268] Por tanto, la Corte declaró que el Estado incumplió su deber de respeto y garantía de los derechos políticos de Florencio Chitay Nech, debido a que con motivo de su desaparición forzada, configurada como una desaparición selectiva, lo privó del ejercicio del derecho a la participación política en representación de su comunidad.

III. Parte II: reparaciones

Los niños y los jóvenes de ahora, bueno, a veces ellos dicen que es verdad, pero a veces, ellos dicen que no es cierto. Entonces, hay algunos que nos creen, y hay algunos que no nos creen nada de esto, bueno nosotros vivimos esa violencia.[269]

La presente sección está enfocada a la sistematización de las reparaciones otorgadas por el Tribunal en casos indígenas. Un análisis más detallado de la obligación de los Estados de reparar las violaciones

[265] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia. Op. cit.*, párr. 121. La Corte ha establecido reiteradamente que "las víctimas deben estar señaladas en la demanda y en el informe de la Comisión según el artículo 50 de la Convención. Además, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento, corresponde a la Comisión y no [al] Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante esta Corte" (Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 229).

[266] *Ibidem*, párrs. 122-123.

[267] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 108.

[268] *Ibidem*, párr. 113.

[269] Anciano maya en Viaene, *op. cit.*, p. 176 (traducción de los autores).

a los derechos humanos puede encontrarse en el capítulo de este libro relativo al artículo 63.1 de la Convención Americana.

El estudio de las reparaciones en casos de severas violaciones de derechos humanos ha sido un terreno dominado principalmente por el ámbito legal. Sin embargo, actualmente la investigación sobre los impactos que han tenido o tienen las políticas de reparación en diversos contextos está evolucionando hacia enfoques más integrales, en los cuales disciplinas como la historia, pedagogía, filosofía, antropología, psicología se han involucrado cada vez de manera más específica.[270] El dominio de lo legal aún subsiste, pero es a través de estas nuevas miradas y aportes que nuevos debates, discusiones y cuestionamientos están surgiendo. El objetivo central es lograr que las reparaciones cumplan con su objetivo esencial: reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Muchos de estos debates se complejizan cuando entra en el escenario el tema de pueblos indígenas y sus contextos y prácticas culturales. Es ahí justamente donde se confrontan nuevos desafíos tanto conceptuales como de implementación, y la práctica interdisciplinaria se hace aun más necesaria.

En los casos de pueblos indígenas, más que en cualquier otro tipo de violaciones, el daño se produce a nivel no sólo individual, sino especialmente colectivo. Cualquier tipo de programa de reparación debe contemplar este nivel de manera específica.

A menudo, las violaciones a comunidades indígenas se producen en contextos donde existen niveles sistemáticos de inequidad y opresión social, en los que las poblaciones indígenas se encuentran discriminadas, estigmatizadas y, por ende, en condiciones de vulnerabilidad. Los procesos de reparación deben complementar y alinearse con políticas públicas de desarrollo locales. De esta manera se asegura que las reparaciones no se queden en actividades puntuales, aisladas y con impactos a corto plazo; y se apunta a cumplir con el principio transformativo que deben tener las políticas de reparación en estos casos. Las reparaciones deben ir más allá que únicamente devolver a los pueblos indígenas a las condiciones de opresión donde estaban antes que las violaciones se produzcan.[271]

Los procesos de reparación deben ser desarrollados en conjunto con las víctimas y organizaciones de víctimas, así como estamentos claves de la sociedad civil. Esto beneficia por un lado a las mismas víctimas que se sienten partícipes e interlocutores válidos de tales procesos y, por otro, orientan en gran medida al Estado para implementar proyectos que realmente satisfagan las necesidades de las personas a quienes van dirigidos.

Es necesario favorecer la organización comunitaria y la participación de la población como entes activos y no sólo como receptores pasivos de ayuda. En otras palabras, convertir a los interesados en protagonistas de su propia recuperación. También es preciso coordinar entre las organizaciones que prestan sus servicios en el ámbito local, así como promover las labores de auto-ayuda y ayuda mutua.[272]

---

[270] Viaene, *op. cit.;* Huyse, L. & Salter, M. (Eds.), Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Estocolmo, 2008; Hamber, B., "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on reparations in Societies in Transition", en De Greife, P. (Ed.), The Handbook for Reparations, Oxford University Press, New York, 2008; Letschert, R. & Van Dijk, J., The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights, Springer, London/New York, 2011.

[271] En este punto vale recordar que la Corte Interamericana ha sostenido que "el concepto de 'reparación integral' (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados". Sin embargo, en casos de discriminación estructural, "las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación" (Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450).

[272] Organización Panamericana de la Salud, La salud mental en situaciones de desastres y emergencias, Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002, p. 70.

Es común oír que la cultura y el contexto “importan”, y que cualquier intervención debe ser “culturalmente sensible”. Esto ha sido más cierto a nivel retórico que en la realidad.[273]

En el caso del continente americano, se necesitan estudios a profundidad en este sentido. En otros contextos, estos estudios han hecho importantes aportes para entender las connotaciones culturales en los procesos de justicia y/o reconciliación. Por ejemplo en Bali (Indonesia), no existe en el idioma local los términos correspondientes a perdón, amnistía y testimonio, en Uganda del Norte en idioma lwo, las ideas de amnistía, perdón y reconciliación no son conceptualmente distintas, el concepto *timo-tica* puede ser aplicado a todas ellas.

Existe un gran brecha de conocimiento acerca de cómo los sobrevivientes en diferentes contextos locales y culturales perciben los proceses e intervenciones de post conflicto. Las intervenciones internacionales usualmente usan un lenguaje y concepciones occidentales de justicia, verdad, reparación y reconciliación sin que exista una apropiación de los significados en los contextos locales y culturales específicos.[274]

Las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un “relativismo cultural”, sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas.[275]

Los aportes de teorías de antropología legal contemporánea, específicamente pluralismo legal aportan mucho en este ámbito. Por ejemplo, Boaventura Sousa Santos subraya la importancia de los híbridos legales, que son “entidades legales o fenómenos que combinan diferentes, y a menudo órdenes o culturas legales contradictorios, creando así nuevas formas de significación y acción”.[276]

En la práctica, esta suerte de complementación de los diversos sistemas requiere mucho trabajo y sensibilidad. Ninguna de las partes suele ver de primera la necesidad de acoplarse a los requerimientos del otro. Sin trabajo preparatorio adecuado, y sin entendimiento de este tipo de dinámicas, estos esfuerzos de acompañamiento inter-cultural pueden convertirse en fracasos o incluso prácticas re-victimizantes y de abuso de poder hacia las comunidades y sus integrantes.

En el caso de los mapuches, por ejemplo, se ignoró el concepto de reparación indígena y se alteró la inserción de esas personas en la comunidad, afectando negativamente las redes sociales, aunque las reparaciones ordenadas a su favor implicaran mejoras en sus condiciones de vida.[277]

Teniendo en cuenta lo anterior, pasemos a analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de pueblos indígenas y tribales.

1. Cultura de la comunidad en la definición de los beneficiarios de las reparaciones

En *Aloeboetoe vs. Surinam* existía disparidad de criterios entre las partes en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas. La Comisión reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu a la que pertenecían las víctimas, en tanto que Surinam solicitaba la aplicación de su derecho civil.

Para resolver la cuestión, la Corte tuvo en cuenta los datos aportados por los peritos llamados a declarar y también decidió realizar una investigación detallada con el fin de obtener información específica para proceder con las reparaciones económicas. La Secretaria Adjunta de la Corte fue enviada a Gujaba,

[273] Culberston, R. & Pouligny, B.”,Re-imagining Peace after Mass Crime: A dialogical exchange between and Insider an Outsider Knowledge”, in Pouligny, B., Chesterman, S. & Schnabel, A. (Eds.), After Mass Crime: Rebuilding States and Communities, United Nations University Press, Tokyo, 2008.

[274] Viaene, *op. cit.*, p. 12; Huyse & Salter, *op. cit.*, p. 203.

[275] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

[276] De Sousa Santos, B., “The Heterogenous State and Legal Plurality”, 40(1) Law and Society Review 39 (2006), en Vianne, *op. cit.*, p. 237.

[277] Herzfeld-Bacic, R., Pérez-Durán, T. & Pérez-Sales, P., Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.

Surinam, a recolectar evidencia. Esta visita fue de destacada importancia, pues la Corte pudo obtener información adicional acerca de la situación económica, financiera y bancaria del país, así como obtener información enderezada a facilitar al Tribunal dictar una sentencia ajustada a la realidad.[278]

De la prueba recabada, la Corte comprobó que las leyes de Surinam sobre el derecho de familia no tenían eficacia respecto de aquella tribu. Sus integrantes las desconocían y se regían por sus propias reglas. El Estado no mantenía la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones. Los conflictos que ocurrían en estas materias no eran sometidos a los tribunales del Estado y la intervención de éstos era "prácticamente inexistente". Cabe señalar también que el Estado de Surinam reconoció "la existencia de un derecho consuetudinario" sobre la materia.[279]

La Corte concluyó que para determinar a los sucesores de las víctimas haría uso de la costumbre de la tribu y no del derecho surinamés, puesto que éste "no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia". Sin embargo, la Corte aclaró que la aplicación de la costumbre se haría "en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana".[280]

El Tribunal pasó a considerar que en la mayoría de las legislaciones nacionales los sucesores de una persona son sus hijos. Indicó también que generalmente el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, se reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas fueron las que la Corte adoptó a la hora de identificar a los herederos, pero interpretó los términos "hijos", "cónyuge" y "ascendientes" conforme a la cultura de las víctimas y no conforme al derecho surinamés. Ahora bien, al referirse a los ascendientes, la Corte advirtió que no haría "ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre".[281] Por ende, tomó como beneficiarios de las reparaciones a las esposas de los cimarrones fallecidos, a los hijos de éstos con cada una de sus esposas, y al padre y madre de los fallecidos, sin hacer distinciones basadas en el género.[282]

El Tribunal básicamente dio prioridad al derecho individual por sobre el derecho colectivo, sin explicar por qué la cultura de la tribu en este punto violentaba algún derecho humano y sin hacer algún juicio de ponderación que explique el motivo de la preferencia de un derecho (individual) por sobre otro (colectivo). Es de notar que los familiares de las víctimas o sus representantes legales no solicitaron a la Corte que desconociera la cultura de su grupo. El Tribunal, sin petición de por medio, decidió dar prevalencia al enfoque de género en lugar del cultural.[283] Esto puede dar lugar a muchos debates, sin embargo, un argumento interesante en este contexto es el de Culberstone y Pouligny, quienes demuestran que los grupos locales retornan a la tradición para resolver conflictos, pero también reconocen que la innovaciones parten de la realidad de cada cultura, y que tomando y ajustando ideas desde el exterior y reconfigurando viejos conceptos a nuevas experiencias se planifican y ajustan las estrategias locales.[284] En este tipo de encrucijadas es muy importante el proceso de toma de decisiones en sí mismo: que las personas entiendan las razones que guían a entes como la Corte a proceder en estos ámbitos, que haya

[278] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 40. Este tipo de visitas no se han vuelto repetir como práctica de la Corte, sino hasta hace poco en el *Caso Sarayaku vs. Ecuador*, en el cual se destaca la importancia de la presencia del Juez y Presidente de la Corte, Diego García-Sayán, la Jueza Radhys Abreu Blondet, y personal de la Secretaría, ver: http://corteidhblog.blogspot.com/2012/04/corte-idh-visito-sarayaku-y-ecuador.html)

[279] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surina*m. Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 58.

[280] *Ibid*.

[281] *Ibidem*, párr. 62.

[282] *Ibidem*, párr. 66.

[283] Citroni, G. & Quintana, K.I., "Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", en Lenzerini F. (Ed.), Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective, Oxford University Press, New York, 2008, p. 322.

[284] Culberston, R. & Pouligny, B., "Re-imagining Peace after Mass Crime: A dialogical exchange between and Insider an Outsider Knowledge", in Pouligny, B., Chesterman, S. & Schnabel, A. (Eds.), After Mass Crime: Rebuilding States and Communities, United Nations University Press, Tokyo, 2008, p.272.

oportunidad para la discusión de la comunidad (un acompañamiento de expertos sería deseable), pues también, como ha pasado en muchos casos, en lugar de dar espacio a la mujer, se la puede poner en una situación de vulnerabilidad, y por ende, de re-victimización.

De otro lado, la Corte, "[c]on el propósito de brindar a los beneficiarios la posibilidad de obtener los mejores resultados de la aplicación de los montos recibidos por reparaciones", dispuso la creación de una Fundación, la cual estaba destinada a "actuar como fideicomitente de los fondos depositados […] y a asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones recibidas o de las rentas que perciban del fideicomiso".[285]

Es interesante notar que ningún miembro de la Comunidad fue parte de la Fundación. En casos posteriores, la Corte sí contempló la presencia de un representante de las comunidades afectadas en los fondos de desarrollo que ordenó crear al Estado. La creación de fondos especiales o fundaciones que monitoreen y ayuden a las víctimas y comunidades a implementar debidamente las reparaciones ordenadas, si bien puede ser calificada como paternalismo, es importante analizar el tipo de proceso y el grado de vinculación de las víctimas y comunidades en tales iniciativas, y conocer el resultado y aceptación de este tipo de iniciativas por parte de las comunidades. El tipo de acompañamiento y toma de decisiones que puede desarrollarse en estos procesos puede resultar muy valioso para las personas, sobre todo en contextos de pobreza extrema o cuando el tipo de violencia sufrida ha sido considerable, pero nuevamente, dependerá mucho de la forma de implementación.

2. Daño material

En el *Caso Moiwana vs. Surinam* se demostró ante la Corte que los miembros de la Comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y que varios de ellos estaban en situación de desplazamiento continuo. Asimismo, sufrieron pobreza y privaciones desde su huida, y la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se vio limitada drásticamente.[286]

Tomando en cuenta lo anterior, las "circunstancias del caso" y la existencia de "base suficiente para presumir daño material", la Corte consideró procedente ordenar al Estado el pago de una indemnización por concepto de daño material a cada una de las víctimas.[287]

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, el Tribunal consideró que la indemnización por el daño material debía comprender "los gastos en que incurrieron los miembros de la Comunidad Yakye Axa en las diversas gestiones que realizaron con el fin de recobrar las tierras que consideraban como propias, tales como movilizaciones y traslados a distintas dependencias estatales". Dichos gastos tenían "un nexo causal directo con los hechos violatorios" y no se trataba de erogaciones realizadas "por motivo del acceso a la justicia", lo cual correspondería analizar en el capítulo de costas y gastos.[288]

En *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte atendió el argumento de los representantes de las víctimas, según el cual los miembros de la Comunidad y sus líderes tuvieron que realizar, durante el proceso interno de reivindicación de su tierra, "numerosas gestiones ante autoridades estatales", lo que implicó "el desplazamiento de líderes de la Comunidad a otras ciudades". Además, los miembros de la Comunidad habrían tenido "que acudir a organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, y a personas reconocidas nacional e internacionalmente, con el objeto de denunciar los hechos".[289] Por todo ello, el Tribunal fijó en equidad una suma de dinero como indemnización por concepto de daño material. De forma similar se pronunció la Corte en el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay.*[290]

[285] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. op. cit.*, párrs. 103 y 105.
[286] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.,* párr. 186.
[287] *Ibidem*, párr. 187.
[288] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 194.
[289] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 217.
[290] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párrs. 317 y 318.

En el *Caso Saramaka vs. Surinam,* se demostró que se había extraído "una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo Saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización". Además, las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron "gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo Saramaka".[291] Por estas razones y con fundamento en la equidad, la Corte fijó una indemnización por daño material.

En el *Caso Yatama vs. Nicaragua,* el Tribunal tuvo en cuenta que los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales propuestos por la organización indígena YATAMA, así como la organización en sí, incurrieron en diversos gastos durante la campaña electoral antes de que el Consejo Supremo Electoral decidiera no inscribir a esos candidatos. Del mismo modo, las comunidades de la Costa Atlántica que eligieron en asambleas a los mencionados candidatos realizaron aportes materiales para la participación de éstos. Frente a la decisión violatoria a la Convención de las autoridades electorales nicaragüenses de excluir a YATAMA de las elecciones, las víctimas estaban facultadas para solicitar una indemnización por concepto de daño material –concretamente, daño emergente– por los gastos en que incurrieron, para lo cual se tomaron en cuenta los comprobantes aportados, diversos testimonios allegados a la Corte y las afirmaciones de una perito sobre la tradición de las comunidades indígenas.[292] Sin embargo, la Corte no concedió la solicitud de los representantes de indemnización por lucro cesante, relacionado con la omisión de actividades laborales o económicas, pues estimó que no existía "un nexo causal con las violaciones declaradas".[293]

En *Chitay Nech y otros vs. Guatemala,* la Corte encontró que las acciones y gestiones realizadas por los familiares del señor Chitay Nech para localizarlo luego de su desaparición forzada generaron gastos que debían ser considerados como daño emergente. Sin embargo, el Tribunal no otorgó una compensación por la supuesta pérdida de propiedades que, según los representantes, el señor Chitay Nech poseía al momento de los hechos, puesto que en la sección de fondo de la sentencia no se decretó una violación al derecho a la propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana.[294] En lo que se refiere al lucro cesante, la Corte consideró que los representantes no habían realizado alegatos específicos ni aportado prueba suficiente que permitiera al Tribunal determinar el monto de la pérdida reclamada, si efectivamente ocurrió y si fue motivada directamente por los hechos del caso, ni fueron presentados en la primera oportunidad procesal, es decir, en su escrito de solicitudes y argumentos. Por lo tanto, la Corte no contó, más allá de lo alegado, con elementos que le permitieran acreditar las solicitudes de los representantes, ni el nexo causal con los hechos del caso y las violaciones declaradas. En consecuencia, el Tribunal fijó, basándose únicamente en la equidad, una compensación por concepto de pérdida de ingresos de Florencio Chitay Nech.[295]

En *Fernández Ortega vs. México,* el Tribunal observó que los representantes no presentaron documentación que acreditara las ganancias devengadas por la señora Fernández Ortega. No obstante, dado que tanto la señora Fernández Ortega como su esposo trabajaban en la cosecha de su parcela y ambos debieron descuidar sus tareas por los hechos del caso (violación sexual en perjuicio de la señora Fernández), el Tribunal decidió fijar, en equidad, una cantidad por concepto de pérdida de ingresos.[296]

Si las reparaciones económicas no son bien manejadas pueden causar muchas dificultades en el momento de su implementación. Más aún, en contextos rurales, donde existen altos índices de pobreza, y en muchos casos las huellas de la violencia han permeado el tejido social comunitario, se necesitan mecanismos de monitoreo y acompañamiento para que la gente tenga espacio de discutir los inevitables problemas que surgen a la hora de implementar las reparaciones. Por ejemplo, en el *Caso Plan Sánchez,*

[291] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, op. cit.,* párr. 199.
[292] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua, op. cit.,* párr. 244.
[293] *Ibidem,* párr. 245.
[294] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit*., párrs. 265 - 266.
[295] *Ibidem,* párrs. 269-272.
[296] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.,* párr. 286.

aunque lo relativo a la compensación económica se cumplió, ésta ha generado muchas divisiones familiares, sentimientos de culpa, alcoholismo, y otros males entre los beneficiarios.[297]

Es importante que las reparaciones apunten a tener participación o representación de la comunidad en general, que los líderes tomen decisiones que beneficien al grupo en general, y poner especial cuidado a las dinámicas al interior de dichos grupos, a efectos de evitar que ciertos sectores queden excluidos.[298] Por supuesto, también existen casos en los que la solidaridad y el manejo equitativo por parte de los líderes y comunidades ha sido una fortaleza dentro los procesos de reparación. Un ejemplo digno de destacar se dio en el *Caso Yakye Axa*. Una de las representantes legales de la Comunidad explicó:

> el monto indemnizatorio a los líderes de la comunidad se hizo muy bien, ellos lo hicieron muy bien […]. Pudimos constatar […] que el espíritu de compartir de manejar colectivamente este tipo de cosas se dio por iniciativa de los propios líderes. Las [compensaciones se] distribuyeron equitativamente a los jefes de familia en toda la comunidad, sin ningún tipo de conflicto.[299]

3. Daño inmaterial

En el *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, la Comisión Interamericana había alegado que en la sociedad Maroon tradicional, una persona no sólo es miembro de su grupo familiar sino también de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituían, según ella, una familia en sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad, que tendría que ser indemnizado,[300] más allá de la indemnización que solicitó por cada uno de los ejecutados. La Corte Interamericana consideró:

> todo individuo, además de ser miembro de su familia y ciudadano de un Estado, pertenece generalmente a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a favor de ellas ni a favor del Estado en que la víctima participaba, los cuales quedan satisfechos con la realización del orden jurídico. Si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo.[301]

Por las anteriores consideraciones, la Corte Interamericana no fijó una indemnización por daño inmaterial a favor de toda la tribu, aunque sí fijó una indemnización por cada una de las víctimas fallecidas.

En el *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte consideró que debido a la situación en la cual se encontraban los miembros de la Comunidad por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debía ser reparado por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. Indicó que en las circunstancias del caso era preciso "recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa". Tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estimó que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, una determinada suma monetaria en obras o servicios de interés

---

[297] Viaene, *op. cit.*, p. 42; Espinoza Cuevas, V.; Ortiz Rojas, M.L. & Rojas Baeza, P., Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?, Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo - Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

[298] Rubio-Marín, R. et al., "Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala" en Arthur, P. (Ed.), Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 46.

[299] Julia Cabello, abogada la ONG Tierra Viva, representante legal de la Comunidad Yakye Axa ante la Corte Interamericana, en Beristain, C.M., Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010, p. 529.

[300] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, op. cit.*, párr. 83.

[301] *Ibidem*, párr. 83.

colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.[302]

En *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte recordó su jurisprudencia según la cual una sentencia condenatoria al Estado en sede internacional constituía *per se* una forma de reparación.[303] No obstante, consideró que los hechos del caso "afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y […] se desarrollaron dentro de un patrón de masacres", lo que causaba "un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado",[304] que debía ser tomado en cuenta al momento de resolver las reparaciones.[305] A tal efecto, se refirió al Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, el cual estableció que:

> durante el enfrentamiento armado se produjeron hechos que vulneraron la existencia del pueblo maya por los atentados que se consumaron contra su integridad e identidad. Los efectos de estas violaciones se retroalimentan entre sí. La privación de determinadas actividades económicas, o el despojo de tierras, por ejemplo, afectó tanto a la alimentación y las condiciones físicas de la subsistencia, como a los referentes culturales en los cuales se ha conformado la identidad colectiva, un cúmulo de saberes y técnicas, el sistema de relaciones sociales y de parentesco, la concepción sagrada de la tierra, los ritos religiosos de reciprocidad y *pago* a la naturaleza. Y viceversa: la vulneración de los derechos culturales, la represión de la cultura o los signos identitarios, el impedimento de realizar las prácticas religiosas o celebraciones, dificultaron reproducir relaciones sociales, tejer lazos de parentesco, dar fluidez a las prácticas económicas, y fracturaron el sentido de la pertenencia a un colectivo.[306]

La gravedad de los hechos y la situación de impunidad en la que éstos permanecían, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, las alteraciones de sus condiciones de existencia, y las demás consecuencias de orden no pecuniario producidas, motivaron a la Corte a ordenar un pago por compensación del daño inmaterial.[307] Para establecer los montos correspondientes a dicha compensación, la Corte siguió los siguientes hechos:

- las víctimas no pudieron enterrar debidamente a sus familiares ejecutados en la masacre ni practicar los ritos funerarios según sus costumbres; [308]
- por las condiciones de descomposición y calcinación en que fueron encontrados los restos después de las exhumaciones practicadas, sólo algunas víctimas pudieron enterrar a sus familiares y realizar las ceremonias correspondientes; [309]
- las víctimas no pudieron celebrar ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura; [310]

---

[302] Corte IDH. C*aso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit.*, párr. 167.

[303] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 243; Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 299, y Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 205.

[304] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. No. 105, párr. 51.

[305] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116. párr. 81.

[306] *Ibidem*, párr. 82.

[307] *Ibidem*, párr. 83.

[308] *Ibidem*, párr. 87a.

[309] *Ibid*.

[310] *Ibidem*., párr. 87b.

- con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, se produjo un "vacío cultural"; [311]

- la permanente presencia, vigilancia y represión militar a la que fueron sometidas; por haber sido forzadas a patrullar con sus victimarios y a convivir con ellos en las áreas comunes del municipio; por la estigmatización que padecieron al ser señaladas como guerrilleros y, como tales, responsables de los hechos, generaron "sentimientos de terror, paralización, inseguridad, frustración, humillación, culpabilidad y dolor en las víctimas, lo cual ha causado una grave alteración en sus condiciones de existencia, y en sus relaciones familiares y comunitarias"; [312]

- la estructura comunitaria tradicional de Plan de Sánchez fue sustituida por un sistema de control militarista, en el que los líderes de la comunidad no pudieron continuar desempeñando su rol; [313]

- los hechos del caso se mantenían en la impunidad, lo que causó a las víctimas "frustración, impotencia y profundo dolor". Las víctimas permanecieron "en completo silencio, sin poder hablar ni denunciar lo ocurrido por casi diez años". Además, el proceso penal se caracterizó por "el retardo en la investigación y por la negligencia del Ministerio Público"; [314]

- la discriminación a la que habían sido sometidas las víctimas afectó "sus posibilidades de acceder a la justicia", lo que generó en ellas "sentimientos de exclusión y desvalorización"; [315] y

- como consecuencia de los hechos "las víctimas han visto afectada su salud física y psicológica, y requieren de atención y tratamiento". [316]

En el *Caso Moiwana vs. Surinam,* la valoración por parte de la Corte del daño inmaterial tomó en cuenta los siguientes aspectos del sufrimiento de los miembros de la Comunidad:

a) la imposibilidad, a pesar de sus esfuerzos persistentes, de obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz de la importancia que la cultura N'djuka asigna a la sanción adecuada de las ofensas inferidas. La impunidad estaba favorecida por los esfuerzos del Estado por obstruir la justicia, lo que provocó sentimientos de "humillación, ira e impotencia a los miembros de la comunidad", y les infundió "temor de que los espíritus ofendidos busquen vengarse en ellos". Debido a la falta de una investigación penal por parte del Estado, los miembros de la comunidad tenían temor de enfrentar hostilidades si regresaban a sus tierras tradicionales;[317]

b) las víctimas no sabían qué sucedió con los restos mortales de sus seres queridos y, como resultado, no pudieron honrarlos ni darles sepultura, según los principios fundamentales de la cultura N'djuka, lo cual les causó "profunda angustia y desesperación". Dado que no se realizaron los diferentes rituales mortuorios de acuerdo con la tradición N'djuka, los miembros de la comunidad tenían miedo de contraer "enfermedades de origen espiritual", que en su concepto podían "afectar al linaje natural completo y que, de no lograr la reconciliación, persistirán por generaciones";[318] y

c) la conexión de los miembros de la comunidad con su territorio tradicional "fue interrumpida de forma brusca". Dado que la relación de una comunidad N'djuka con su tierra tradicional era de vital importancia, el desplazamiento forzado lesionó emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de comunidad.[319]

---

[311] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Op. cit.,* párr. 87b.
[312] *Ibidem*, párr. 87c.
[313] *Ibidem*, párr. 87d.
[314] *Ibidem*, párr. 87e.
[315] *Ibidem*, párr. 87f.
[316] *Ibidem*, párr. 87g.
[317] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.,* párr. 195.a.
[318] *Ibidem*, párr. 195.b.
[319] *Ibidem*, párr. 195.c.

Es digno de destacar la aproximación detallada hecha por el Juez Cançado Trindade en su Voto Razonado en este caso, quien propuso conceptualizar una nueva categoría de daño: el *daño espiritual*, una forma agravada del daño moral que tiene una relación directa con lo más íntimo de la persona humana, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino humano, su las relaciones con sus muertos. Este daño espiritual, no daría lugar a reparaciones pecuniarias, sino a otras formas de reparación.[320]

En el *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* el Tribunal notó que "la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales", debían ser valoradas al momento de fijar el daño inmaterial.[321] El Tribunal observó que la significación especial que la tierra tenía para los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa implicaba que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarreaba el menoscabo de valores muy representativos para los indígenas, quienes corrían el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones.[322]

En el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam,* la Corte describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el Pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo tenía con su territorio. Consideró que la larga y continua lucha por el reconocimiento legal del derecho al territorio y la frustración respecto del sistema legal interno que no protegía este derecho, constituían "una denigración de sus valores culturales y espirituales".[323]

En *Yatama vs. Nicaragua,* la Corte, al valorar el daño inmaterial, tomó en consideración que ser propuesto como candidato para participar en un proceso electoral revestía una especial importancia y constituía un gran honor entre los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. Quienes asumían una candidatura debían demostrar capacidad, honestidad y compromiso con la defensa de las necesidades de las comunidades, y adquirían la gran responsabilidad de representar los intereses de éstas.[324] La Corte ponderó esas particularidades al evaluar la insatisfacción que los candidatos sintieron al verse indebidamente excluidos de participar en las elecciones y representar a sus comunidades. Este sentimiento "se vio acentuado por el hecho de que el Consejo Supremo Electoral no fundamentó las razones por las que los candidatos propuestos por YATAMA no podían ser inscritos, lo cual provocó que las comunidades no entendieran los motivos que excluían a sus candidatos". Tales candidatos "se sintieron impotentes para dar una explicación a sus comunidades y consideraron que la exclusión obedecía a su condición de miembros de comunidades indígenas".[325] Con base en todo ello, el Tribunal fijó, en equidad, una cantidad determinada como indemnización.[326]

En *Chitay Nech vs. Guatemala*, el Tribunal consideró que el daño inmaterial infligido a Florencio Chitay, víctima de desaparición forzada, resultaba evidente, "pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a desaparición forzada experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas". En cuanto a los familiares, la Corte reiteró que el sufrimiento ocasionado a la víctima "se extiende a los miembros más íntimos

[320] *Ibidem*, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, párr. 71. Ver también, Donoso, G., "Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach", 49 Revista IIDH 29 (2010).

[321] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 221.

[322] *Ibidem*, párr. 222.

[323] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185. párr. 200.

[324] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua op. cit*., párr. 246.

[325] *Ibidem*, párr. 247.

[326] *Ibidem*, párr. 248.

de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho". El Tribunal estimó que los sufrimientos causados por la desaparición forzada "acarrean a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo".[327] Consecuentemente, teniendo en consideración las indemnizaciones ordenadas por la Corte en otros casos sobre desapariciones forzadas; las circunstancias del presente caso; la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas; los sufrimientos ocasionados a la víctima desaparecida en su esfera física, moral y psicológica; los distintos sufrimientos y angustias de los familiares, derivados de la desaparición de su ser querido; la incertidumbre de su paradero; el desplazamiento forzado; la denegación de justicia; el cambio en el entorno familiar, y las restantes consecuencias de orden no pecuniario que sufrieron, el Tribunal fijó en equidad una compensación por el daño inmaterial padecido por cada una de estas personas.[328]

En *Fernández Ortega vs. México,* la Corte otorgó una compensación económica por concepto del daño inmaterial que la víctima y sus familiares sufrieron como consecuencia de la violación sexual que aquélla padeció a manos de agentes estatales.[329] En prácticamente los mismos términos la Corte ordenó compensaciones en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México.*[330]

4. Identificación, demarcación, titulación y entrega del territorio ancestral

En el *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua,* el Tribunal ordenó al Estado que adoptara en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, "las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas".[331] Asimismo, dispuso que Nicaragua debía:

> delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.[332]

El enorme impacto del *Caso Awas Tingni* en la Moskitia, zona en la que la Comunidad se encuentra ubicada, se resume en las siguientes palabras de un indígena miskito:

> Como pueblos indígenas de la Moskitia logramos y estamos logrando más […] hay una sentencia histórica para las comunidades, para que ellos puedan tener ese proceso. Por eso todos los estudiantes de derechos que tenemos en la Moskitia llevan esa sentencia, de memoria sabes eso. Es bueno porque en toda la historia de Latinoamérica es la primera que los indígenas demandaron al Estado, fue una cosa que nosotros logramos. Y no solo quedó en Nicaragua. Otros pueblos tienen esta demanda como ejemplo y en eso se está trabajando. [333]

En *Moiwana vs. Surinam*, el Tribunal dispuso de manera similar que el Estado debía "adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios". Estas medidas debían incluir "la creación de

[327] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit*., párr. 276.
[328] *Ibidem*, párr. 276-278.
[329] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.,* párr. 293.
[330] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit*., párr. 279.
[331] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, op. cit.,* párr. 164 y punto resolutivo 3.
[332] *Ibidem*, punto resolutivo 1.
[333] Entrevista a Humberto Thompson, en Beristain, C.M., Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010, p. 514.

un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales".[334] Para realizar esta tarea, el Estado debía contar "con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes", y de los miembros de las demás aldeas y las comunidades indígenas vecinas.[335]

En el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, el Tribunal también dispuso que el Estado debía delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.[336]

En *Yakye Axa s. Paraguay*, la Corte señaló que las violaciones a los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la Comunidad tenían "como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la Comunidad".[337] Consecuentemente, el Tribunal ordenó al Paraguay que identifique el territorio tradicional y lo entregue de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años.[338] En el supuesto que tal territorio tradicional estuviera en manos privadas, la Corte consideró que el Estado "deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática". Para ello, "deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario", y si por motivos "objetivos y fundamentados" la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, "el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres". La Corte aclaró que en uno u otro caso, "la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad".[339]

Para que el Estado cumpliera con las obligaciones señaladas, la Corte le ordenó crear un fondo para la adquisición de las tierras, que debía ser destinado "bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según corresponda".[340]

En *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte consideró que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa era la medida de reparación "que más se acerca a la *restitutio in integrum*", por lo que dispuso que el Estado debía adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce".[341] Asimismo, reiteró su jurisprudencia en el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, reseñada líneas arriba.

En el tercer caso sobre tierras indígenas en el Paraguay, *Caso Xámok Kásek*, el Tribunal estableció que el vínculo de los indígenas con sus territorios es "fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural, por ello la importancia de su devolución". Contrario a lo que señalaba el Estado, las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad no era cualquier inmueble dentro del territorio histórico de sus ancestros, sino el territorio que los miembros de la Comunidad habían demostrado que es su territorio tradicional específico y más apto para el asentamiento indígena. Consecuentemente, el Estado debía devolverles tal territorio tradicional específico, identificándolo plenamente, a través de los medios técnicos especializados para tal fin, con la participación de los líderes de la Comunidad y

---

[334] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.*, párr. 209.
[335] *Ibidem*, párr. 210.
[336] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*, párr. 194.
[337] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 211.
[338] *Ibidem*, párr. 217.
[339] *Ibid*.
[340] *Ibidem*, párr. 218.
[341] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 210.

sus representantes libremente elegidos.[342] A tal efecto, la Corte otorgó al Estado un plazo de tres años, prorrogable por un año más a solicitud fundada del Estado. El Tribunal advirtió que no concedería la prórroga si, a su criterio, el Estado no realizaba suficientes acciones y gestiones para cumplir con esta medida de reparación. Dispuso, además, que si en dicho plazo el Estado no entregara las tierras tradicionales, o en su caso tierras alternativas, debería pagar a los líderes de la Comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad de US$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por cada mes de retraso. La Corte entendió a esta medida "como una indemnización para las víctimas por el incumplimiento de los plazos fijados en esta Sentencia y los correlativos daños materiales e inmateriales que ello comportaría".[343]

Es de resaltar que esta indemnización adicional por cada mes de retraso se debe en gran medida a la falta de cumplimiento del Estado de los plazos fijados en las sentencias dictadas en los *Casos Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*. Paraguay en estos dos casos no ha cumplido todavía con la entrega de los territorios tradicionales, lo cual continúa repercutiendo de manera negativa en la vida cultural y en la supervivencia física de los miembros de las dos comunidades.[344]

5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay,* la Corte dispuso que el Estado debía adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, "las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres".[345]

Esta medida de reparación fue ordenada en términos idénticos en el *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay.*[346] En *Xámok Kásek vs. Paraguay* la Corte dio más detalles sobre cómo debería diseñarse el mecanismo eficaz de reclamación de tierras. El Tribunal indicó que el mecanismo debía consagrar normas sustantivas que garantizaran: "a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación". Una autoridad judicial debía ser la competente para resolver los conflictos que se presentaren entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.[347]

En el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam,* la Corte decretó que el Estado debía eliminar o modificar las disposiciones legales que impedían la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka, así como:

> adoptar en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.[348]

[342] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párrs. 282 y 283.
[343] *Ibidem*, párrs. 284-288.
[344] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 08 febrero de 2008; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 08 febrero de 2008; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 02 de febrero de 2007.
[345] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 225.
[346] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 235.
[347] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek s. Paraguay, op. cit*., párr. 310.
[348] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.,* párr. 194.

Además, el Tribunal ordenó al Estado "adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal".[349]

6. Garantizar el derecho de consulta

Además de las reparaciones anteriormente expuestas en el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte dispuso que el Estado debía:

> adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo.[350]

7. Estudios de impacto ambiental

En el mismo caso, se ordenó a Surinam asegurar que se realizaran estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka.[351]

8. Entrega de suministros básicos

En el *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, el Tribunal dispuso que mientras la Comunidad se encontrara sin tierras, "dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia", el Estado debía:

> suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubremente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos.[352]

Una medida de reparación prácticamente idéntica fue ordenada en los otros *Casos* paraguayos, *Sawhoyamaxa*[353] y Xámok Kásek.[354] En este último caso la Corte dispuso que, a efectos de que la prestación de bienes y servicios básicos sea adecuada y periódica, el Estado debía elaborar un estudio en el que estableciera:

> a) respecto a la entrega de agua potable: 1) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 2) el método que deba emplearse para realizar las entregas y asegurar la preservación sanitaria del agua, y 3) la cantidad a entregarse por persona y/o por familia;

[349] *Ibidem*, párr. 194.
[350] *Ibidem*, párr. 194.
[351] *Ibidem*, párr. 194.
[352] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 221.
[353] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 230.
[354] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 301.

> b) respecto a la atención médica y psicosocial, así como la entrega de medicinas: 1) la periodicidad en la que se requiere que personal médico visite la Comunidad; 2) las principales dolencias y enfermedades que los miembros de la Comunidad padecen; 3) las medicinas y el tratamiento necesario para tales enfermedades; 4) la atención pre y posnatal necesaria, y 5) la forma y periodicidad en que se deben llevar a cabo los procesos de vacunación y desparacitación;
>
> c) respecto a la entrega de alimentos: 1) los tipos de alimentos a entregar a los miembros de la Comunidad para garantizar una alimentación nutricionalmente adecuada; 2) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 3) la cantidad de alimentos a entregar por persona y/o por familia;
>
> d) respecto al manejo efectivo y salubre de los desechos biológicos: el tipo y cantidad de servicio sanitario a entregar, y
>
> e) respecto a la dotación de materiales y recursos humanos a la escuela de la Comunidad: 1) los recursos físicos y humanos que la escuela necesita para garantizar una educación bilingüe adecuada; 2) los materiales que cada alumno necesita para educarse adecuadamente, y 3) los insumos que los profesores de la escuela requieren para impartir sus clases.[355]

Para la elaboración de este estudio, los especialistas encargados debían "tener los conocimientos técnicos específicos requeridos para cada tarea". Tales especialistas debían contar siempre con el punto de vista de los miembros de la Comunidad, expresado conforme a sus propias formas de toma de decisiones. El Estado debía adecuar la entrega de bienes y servicios básicos conforme a las conclusiones de los especialistas.[356]

9. Reconocimiento de la personalidad jurídica

En *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte dispuso que el Estado estaba en la obligación de "otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones".[357]

10. Otorgamiento de becas para educación

En el *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, la Corte reconoció el sufrimiento de Myriam Zapata Escué, hija de la víctima (un líder comunitario ejecutado por agentes estatales), y las dificultades que afrontó a lo largo de su vida para completar sus estudios primarios y secundarios, dificultades que el Tribunal consideró que "todavía continúan en la etapa en la que muestra su voluntad y deseo de estudiar una carrera universitaria". Por ello, ordenó al Estado que le otorgara una beca para realizar estudios universitarios en una universidad pública colombiana escogida entre ella y el Estado. La Corte especificó que la beca debía cubrir:

> todos los gastos para la completa finalización de sus estudios universitarios, tanto material académico como manutención y alojamiento. Deberá asimismo costear el transporte desde la ciudad donde estudie la beneficiaria hasta su Comunidad para que pueda mantener sin dificultades los vínculos con ella, sus tradiciones, usos y costumbres, así como el contacto con su familia de manera periódica. Dicha beca deberá empezar a hacerse efectiva de la manera más pronta posible a partir de la notificación de la presente Sentencia, para que la beneficiaria comience sus estudios en el próximo año universitario, si así lo desea.[358]

---

[355] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs Paraguay. Op. cit.*, párr. 303.
[356] *Ibidem*, párrs. 304-305.
[357] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.*, párr. 194.
[358] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.*, párr. 170.

En *Fernández Ortega vs. México,* relativo a la violación sexual de una mujer indígena, la Corte estableció que los hechos del caso generaron una afectación en los hijos de la víctima que ocasionó cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones personales y sociales, afectando su desarrollo personal. En atención a lo anterior, la Corte ordenó, como medida de satisfacción, que el Estado otorgara becas en beneficio de los hijos de la señora Fernández, que cubrieran todos los costos de su educación hasta la conclusión de sus estudios superiores, bien sean técnicos o universitarios.[359] En prácticamente los mismos términos se otorgaron becas en el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.*[360]

11. Atención médica y psicológica

En el *Caso Escué Zapata vs. Colombia,* la Corte estimó que era preciso "disponer una medida de reparación que busque reducir los padecimientos físicos y psíquicos de los familiares de la víctima", producidos como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor Escué Zapata. Con tal fin, el Tribunal ordenó al Estado que proveyera, sin cargo alguno, el tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico adecuado que requieran los familiares de la víctima, previa manifestación de su consentimiento, por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión de medicamentos. El Tribunal aclaró que tal tratamiento debía considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, en especial sus costumbres y tradiciones.[361]

Una medida de reparación similar fue ordenada en los *Casos Chitay Nech y otros vs. Guatemala*[362] y *Fernández Ortega vs. México*.[363]

En el *Caso Xámok Kásek vs. Paraguay*, la Corte, dadas las dificultades que los miembros de la Comunidad tenían para acceder a centros de salud, ordenó al Estado que estableciera en el lugar donde se asentaba la Comunidad un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada.[364]

En *Rosendo Cantú y otra vs. México*, la Corte consideró que los hechos del caso (violación sexual de la víctima) habían evidenciado la necesidad de fortalecer la atención y los centros de salud para el tratamiento de mujeres que hayan sufrido violencia. Observó que existía un centro de salud en la localidad donde se encontraba la víctima, y ordenó que dicho centro sea "fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me'paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado".[365]

Es necesario resaltar que los grupos étnico-culturales tienen derecho a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos sean apropiados desde el punto de vista cultural.[366] Un buen ejemplo de esto sería el Acuerdo de las Escuelas de Residencia de Canadá que estableció un Healing Fund que sería administrado por la Aboriginal Healing Foundation, que acuerda apoyar las necesidades de sanación de los pueblos

---

[359] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.,* párr. 264.
[360] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 257.
[361] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.,* párr. 173.
[362] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 256.
[363] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.,* párr. 252.
[364] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 306.
[365] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 260.
[366] Ruiz Chiriboga, O., "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano", 5 Revista Sur 43 (2006), p. 52.

aborígenes afectados por el legado de las antiguas Escuelas Residenciales Indias,[367] y que incluye impactos intergeneracionales, de una manera holística, basado en la comunidad.[368]

Los procesos o actividades de acompañamiento o apoyo psicosocial, así como las medidas de rehabilitación que se tomen en estas áreas deberían ser culturalmente apropiadas. El personal encargado tendría que investigar y conocer de antemano la historia, valores, costumbres y tradiciones de las poblaciones. Es importante, asimismo, tomar medidas en cuanto a la utilización y capacitación de intérpretes en contextos psicoterapéuticos de acompañamiento psicosocial.

La asistencia psicosocial es parte de un resarcimiento integral y, en este sentido, se deberían reconocer las creencias y prácticas indígenas, así como el papel de los líderes tradicionales y curanderos para tratar con los problemas de salud. Habría que explorar la forma en que se pueden fortalecer los conocimientos acerca de la curación indígena, e instar a las organizaciones de la sociedad civil involucradas a respetar e incluir conocimientos de la medicina indígena y sus proyectos.[369]

La cultura indígena entiende la salud y la enfermedad en términos de equilibrio y desequilibrio del universo. Para ellos, los tratamientos de salud deben ser integrales, atendiendo la parte física, pero además los elementos afectivos, espirituales y del medio ambiente. Por otro lado, las formas de curación en estas culturas incluye el uso de plantas medicinales, ceremonias y rituales, sobretodo colectivos. La prácticas indígenas no implican un abandono de los tratamientos médico/farmacológicos usados a nivel del Estado, pero si la búsqueda de formas complementarias para solucionar los problemas de salud. La salud, desde una perspectiva occidental, es referida generalmente a una concepción médico-clínica, a la cura de síntomas y órganos del cuerpo que son tratados de manera aislada. Lo afectivo, religioso y ambiental usualmente queda por fuera de cualquier concepción médica de tratamiento y atención.[370]

En Guatemala, por ejemplo, aun cuando el trabajo que las organizaciones de atención psicosocial en este país realizan con las comunidades no tiene precedentes en la región, y cuyos impactos y aprendizajes deben enriquecer otras experiencias similares, una investigación relativa al tema notó:

> A pesar del profundo impacto de tales creencias [culturales], las organizaciones que ofrecen asistencia psicosocial a las víctimas muestran falta de interés y respeto por los recursos de sanación indígena. Por ejemplo, el Equipo Forense de Guatemala siempre acude a alguna de las organizaciones que ofrece consejería psicosocial, como el Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial, el centro Maya Saq'be', Utz K'aslemal y el Grupo de Apoyo Mutuo para asistir a las víctimas antes, durante y después de las exhumaciones. Únicamente Saq'be, una organización Kakchiquel de Chimaltenango aplica exclusivamente conocimiento Maya sobre salud y enfermedad durante sus sesiones.[371]

12. Programa de registro y documentación

En el *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* la Corte consideró que la forma más adecuada de reparar la violación al derecho a la personalidad jurídica de varios miembros de la Comunidad (ver *supra* acápite 4.1) era que el Estado realizara un programa de registro y documentación, de tal forma que

[367] Estas escuelas fueron internados que existieron en Canadá para tratar de asimilar a los niños indios prohibiéndoles las manifestaciones propias de su cultura y en las cuales fueron frecuentes los abusos físicos, sexuales y emocionales. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá, constituida en junio de 2008, tiene como mandato descubrir qué ocurrió realmente en los internados e informar a todos los canadienses de sus hallazgos, ver: http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3

[368] Vrdoljak, A., "Reparations for Cultural Loss", en Lenzerini F. (Ed.), Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective, Oxford University Press, New York, 2008, p. 223.

[369] Viaene, *op. cit.,* p. 153.

[370] Gómez, N., "Psychosocial Reparation: Latin American Indigenous Communities", en Lenzerini F. (Ed.), Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective, Oxford University Press, New York, 2008, p. 159.

[371] Viane, *op. cit*., p. 152.

los miembros de la Comunidad puedan registrarse y obtener sus documentos de identidad.[372] Idéntica medida de reparación fue ordenada en el *Caso Xámok Kásek vs. Paraguay.*[373]

13. Sistema de comunicación para casos de emergencia

En el mismo *Caso, Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* la Corte, dadas las dificultades que los miembros de la Comunidad tenían para acceder a los centros de salud, ordenó que el Estado estableciera en los asientos de la Comunidad un sistema de comunicación "que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia". El Estado también estaba en la obligación de proveer el transporte.[374] Idéntica medida de reparación fue ordenada en el *Caso Xámok Kásek vs. Paraguay.*[375]

14. Reformas a la legislación interna para garantizar la participación política de los pueblos indígenas

En el *Caso Yatama vs. Nicaragua*, la Corte consideró indispensable que, para atender los requerimiento del principio de legalidad en materia electoral, el Estado debía reformar su Ley Electoral de manera que se "regule con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado".[376]

Asimismo, el Estado debía reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral declarados violatorios de la Convención y adoptar "las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática". Los requisitos que se establecieran para tal fin debían "permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deberán constituir obstáculos a dicha participación política".[377]

15. Educación

En el *Caso Aloeboetoe vs. Surinam,* la Corte ordenó al Estado que reabriera una escuela que fue cerrada en el asentamiento de las víctimas, y que la dotara de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente.[378]

En *Fernández Ortega vs. México,* la Corte destacó la importancia de implementar reparaciones que tuvieran un alcance comunitario y que permitieran reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de restablecer el tejido comunitario. Es por ello que el Tribunal consideró pertinente ordenar al Estado que facilitara los recursos necesarios para que la comunidad indígena me'phaa de Barranca Tecoani, a la que pertenecía la víctima, estableciera un centro comunitario, que se constituyera como centro de la mujer, en el que se desarrollaran actividades educativas en derechos humanos y derechos de las mujeres, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo deseara. El Estado debía facilitar que sus instituciones y

[372] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 231.
[373] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, op. cit*., párr. 308.
[374] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 232.
[375] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 306.
[376] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua, op. cit.,* párr. 258.
[377] *Ibidem,* párr. 259.
[378] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, op. cit.,* punto resolutivo 5.

organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brindaran asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales debían adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena.[379]

La Corte recordó que las hijas de la señora Fernández Ortega, así como muchas de las niñas me'phaa no contaban con seguridad en los caminos hacia sus escuelas. Según la declaración de una perito, treinta niñas de Barranca Tecoani se encontraban estudiando en Ayutla de los Libres porque en aquella localidad no existía una escuela secundaria. Para poder llegar a su escuela, las niñas tenían que caminar tres horas. Los riesgos de este recorrido habían ocasionado que sus madres decidieran enviarlas a vivir con familias mestizas de clase media de Ayutla de los Libres que las recibían como trabajadoras domésticas sin salario, trabajando hasta doce horas diarias a cambio de casa y comida y de la posibilidad de estudiar. Así se encontraban dos hijas de la señora Fernández Ortega.[380]

La Corte ordenó al Estado que adoptara medidas "para que las niñas de la comunidad de Barranca Tecoani que actualmente realizan estudios secundarios en la ciudad de Ayutla de los Libres, cuenten con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que puedan continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asisten". Esta medida podía ser cumplida por el Estado "optando por la instalación de una escuela secundaria en la comunidad mencionada".[381]

16. Búsqueda de la persona desaparecida

En el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala,* referente a la desaparición del señor Efraín Bámaca Velásquez, la Corte dispuso como medida de reparación que el Estado debía localizar los restos mortales de la víctima, exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a éstos.[382]

De igual manera, en el *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala,* la Corte comprobó que María y Josefa Tiu Tojín se encontraban aún desaparecidas y su paradero se desconocía. Al respecto, indicó que "[l]a investigación efectiva de su paradero o de las circunstancias de su desaparición, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer". Por ello, ordenó al Estado que procediera de inmediato a la búsqueda y localización de las víctimas. En caso de que las víctimas fueran halladas sin vida, la Corte dispuso que el Estado debía, en un tiempo breve, "entregar los restos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación". Los gastos que dichas diligencias generaren debían ser cubiertos por el Estado. Asimismo, el Estado debía cubrir los gastos fúnebres, "respetando las tradiciones y costumbres de los familiares de las víctimas".[383] Similar medida de reparación fue ordenada en el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala.*[384]

Según los estudios de Wemmers[385] y Hamber[386] podemos anticipar que en ciertas circunstancias la forma como se lleva el proceso y los rituales pueden ser más importantes que justicia, la reconciliación o la verdad en sí mismas. El proceso de cómo se lleva a cabo la reparación puede ser más reparativo que el objeto en sí mismo (dinero, monumentos, etc.)

Tomar en cuenta los tiempos, símbolos y costumbres de los pueblos indígenas tiene una especial importancia, ya que marcan, después de mucho tiempo y sufrimiento, el paso de la vida a la muerte,

---

[379] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.,* párr. 267.
[380] *Ibidem*, párrs. 268-269.
[381] *Ibidem*, párr. 270.
[382] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91. punto resolutivo 1.
[383] Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, op. cit*., párr. 103.
[384] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 240.
[385] Wemmers, J. (2009), Victim Reparation and the International Criminal Court, International Review of Victimology September 2009, p. 224.
[386] Hamber, B., "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on reparations in Societies in Transition, en De Greife, P. (Ed.), The Handbook for Reparations, Oxford University Press, New York, 2008.

y pueden ser el espacio para el cierre de procesos emocionales muy fuertes. En este sentido, el acompañamiento psicosocial antes, durante y después de los procesos de búsqueda, inhumación y exhumación es vital.

17. Entierro de restos

En *Escué Zapata vs. Colombia,* la Corte valoró positivamente la entrega que el Estado realizó de los restos de la víctima a sus familiares y Comunidad, lo cual "posibilitó el entierro de la víctima conforme a las tradiciones, usos y costumbres del pueblo Paez". Sin embargo, tuvo en cuenta que los familiares esperaron cuatro años para que los restos del señor Escué Zapata les fueran entregados. Esta espera prolongada tuvo repercusiones de carácter espiritual y moral en los familiares,[387] puesto que conforme la cultura Nasa

> desde que el niño nasa nace se siembra el cordón umbilical en la Madre Tierra […] para que germine la vida. Ahora, cuando se muere igual lo sembramos, no lo enterramos, para qué ahí esté la vida. Pero al llevarlo es irrespetar a la cultura, a la Madre Tierra. Llevarlo de su seno es como cortar el vientre de una mujer que lo vio engendrar, procrear y crecer. Es una afectación cultural bastante grande, igual genera la desarmonización y el descontrol del territorio.[388]

Los *peritajes antropológicos* que ha utilizado la Corte han sido de gran utilidad para visibilizar de manera particular el daño producido a las poblaciones indígenas. Han constituido herramientas teórico-prácticas que han dado insumos a los jueces y abogados de las características y dimensiones culturales. Por ejemplo, el citado *Caso Escué Zapata* recoge elementos enunciados en el informe pericial de Gloria Lucy Zamora Patiño, quien explicó al Tribunal la organización social y política de los indígenas Paeces y las diferencias entre cada una de las autoridades tradicionales.[389]

18. Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos

En el ya citado *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala,* la Corte indicó que el Estado debía investigar los hechos que generaron las violaciones de la CADH y de la CIPST, identificar y sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación.[390]

De manera similar, en el *Caso Moiwana vs. Surinam,* la Corte sostuvo que la deficiente investigación conducida por Surinam sobre el ataque a la aldea de Moiwana, la violenta obstrucción de justicia por parte del Estado y el prolongado período que transcurrió sin un esclarecimiento de los hechos y la sanción de los perpetradores incumplían los estándares de acceso a la justicia y debido proceso establecidos en la Convención Americana.[391] El Tribunal comprobó que más de 18 años después de ocurrido el ataque, la impunidad de los autores materiales e intelectuales todavía prevalecía.[392] A la luz de lo anterior, el Tribunal ordenó a Surinam que realizara inmediatamente "una investigación y un proceso judicial efectivos y prontos sobre las ejecuciones extrajudiciales" cometidas en perjuicio de varios miembros de la Comunidad Moiwana. Dicha investigación debía llevar "al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas". Los resultados de estos procesos debían ser "públicamente divulgados por el Estado, de manera tal que la sociedad surinamés pueda conocer la verdad".[393]

---

[387] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.,* párr. 153.
[388] *Cfr*. declaración de Flor Ilva Trochez en audiencia pública ante la Corte celebrada los días 29 y 30 de enero de 2007.
[389] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.,* párr. 55.
[390] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, op. cit.,* punto resolutivo 2.
[391] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit*., párr. 202.
[392] *Ibidem,* párr. 203.
[393] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.,* párr. 205.

Medidas similares de reparación se ordenaron en el *Caso Escué Zapata vs. Colombia,*[394] *Tiu Tojín vs. Guatamala,*[395] *Chitay Nech y otros vs. Guatemala,*[396] *Fernández Ortega vs. México,*[397] y *Rosendo Cantú y otra vs. México.*[398]

19. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

En *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, si bien la Corte señaló en su Sentencia de fondo que el reconocimiento de responsabilidad efectuado anteriormente por el Estado constituía una "contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana", y reconoció que durante la audiencia pública el Estado manifestó "su profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por la comunidad de Plan de Sánchez" y pidió perdón a las víctimas, a los sobrevivientes y familiares, como una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición, consideró apropiado que "para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición", el Estado debía realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos en este caso, y en desagravio de las víctimas. El acto debía realizarse en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la comunidad y de las otras víctimas del caso, acto en el cual se debía dar participación a los líderes comunales. El Estado debía disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, Guatemala debía realizar dicho acto tanto en el idioma español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación.[399] En ese mismo acto el Estado debía honrar públicamente la memoria de las personas ejecutadas y tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas.[400]

Una conclusión importante es que lo cultural está resurgiendo organizadamente en Guatemala, al grado que los sacerdotes mayas comienzan a ser reconocidos en varios lugares del país, haciendo valer su derecho legal a existir. Las comunidades, al recuperar sus prácticas culturales y religiosas mayas, recuperan parte del poder que les fue quitado hace siglos y que la guerra de los años setenta y ochenta terminó de bloquear, especialmente a través de la violencia cometida contra los ancianos, ancianas, comadronas y los lugares sagrados.[401]

En el *Caso Moiwana vs. Surinam* la Corte ordenó como una medida de satisfacción para las víctimas y garantía de no repetición de las graves violaciones de derechos humanos que ocurrieron, que el Estado reconociera públicamente su responsabilidad internacional por los hechos y emitiera una disculpa a los miembros de la comunidad. Este acto debía llevarse a cabo "con la participación del Gaanman, el líder del pueblo N'djuka, así como de autoridades estatales de alto nivel" y debía ser difundido a través de los medios de comunicación nacionales.[402] El referido acto debía ser organizado y financiado por el Estado.

En *Fernández Ortega y otros vs. México*, la Corte tuvo a la vista un informe pericial en el que se indicó que para las comunidades indígenas de Guerrero, estado en el que la víctima vivía, tenía una especial importancia que el autor de una falta reconociera públicamente su acción. En particular, en tales comunidades indígenas el reconocimiento era el primer paso para la "sanación" de las afectaciones al

[394] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.*, párr. 165.
[395] Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 77.
[396] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 235.
[397] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.*, párrs. 228-230.
[398] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.*, párrs. 211-213.
[399] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, op. cit*., párr. 101.
[400] *Ibidem*, párr. 101.
[401] Del Valle Cóbar, D., Violencia política y poder comunitario, ECAP, Guatemala, 2004, p. 175.
[402] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.*, párr. 216.

tejido comunitario. Lo anterior fue determinante para que la Corte ordenara al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.[403]

Esta medida de reparación también fue ordenada en los *Casos Yakye Axa vs. Paraguay,*[404] *Escué Zapata vs. Colombia,*[405] Xákmok Kásek *vs. Paraguay,*[406] *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*[407] y *Rosendo Cantú y otra vs. México.*[408]

Desde un punto de vista más epistemológico, la participación de las víctimas y comunidades en los procesos de reparación, así como la incorporación de elementos y prácticas culturales en la implementación de los diversos tipos de medidas, potencian el re-posicionamiento de las identidades y saberes indígenas marcados por la exclusión. Estos procesos nacen y a la vez fortalecen los movimientos que promulgan la re-apropiación de la cultura y la identidad en contra del neo-colonialismo de los saberes en América Latina. A partir de estos movimientos, se está recuperando el valor y sentido de aquéllos que han sido, en palabras de teóricos críticos poscolonialistas como Escobar,[409] Mignolo,[410] Said,[411] "subalternizados", pero es justamente desde este pensamiento y epistemologías de la periferia que nuevas concepciones se están gestando en contra de las grandes narrativas y sistemas de pensamiento eurocentristas, logocentrismo y antropocentrismo propios de occidente.

20. Publicación y difusión en idioma indígena

En el *Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte estimó que el Estado debía traducir al idioma maya achí la CADH, así como la Sentencias de fondo y reparaciones dictadas por el Tribunal en el caso. Guatemala debía también disponer de los recursos necesarios para facilitar la divulgación de dichos textos y hacer entrega de los mismos a las víctimas del caso.[412]

En *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte señaló que, como medida de satisfacción, el Estado debía publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, ciertas secciones de la Sentencia emitida por el Tribunal en ese caso. Asimismo, el Estado debía financiar la transmisión radial del contenido de la Sentencia, en idioma enxet y guaraní o español, en una radio a la cual tengan acceso los miembros de la Comunidad Yakye Axa. La transmisión radial debía efectuarse al menos por cuatro ocasiones con un intervalo de dos semanas entre cada una.[413]

En *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte ordenó la publicación y difusión de la Sentencia en términos idénticos a los expuestos en el caso anterior, sólo que también incluyó la orden de que el fallo se publique íntegramente en el sitio web oficial del Estado.[414]

[403] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.*, párrs. 243-244.
[404] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit*., párr. 226.
[405] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.*, párr. 177.
[406] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, op. cit.*, párr. 297.
[407] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 248.
[408] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.*, párr. 226.
[409] Escobar, A., "Worlds and Knowledges Otherwise", 21(2) Cultural Studies 179 (2007).
[410] Mignolo, W., "Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking", en Mignolo, W. & Escobar, A., Globalization and the Decolonial Option, Routledge, London-New York, 2010, pp. 1-21.
[411] Said, E., "From Orientalism", en Williams, P. & Chrisman, L. (Eds.), Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader, Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993, pp 132-48.
[412] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 102.
[413] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 227.
[414] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *op. cit*., párr. 252.

Se ordenaron publicaciones en idioma indígena y difusión por radio en los *Casos Sawhoyamaxa vs. Paraguay,*[415] *Escué Zapata vs. Colombia,*[416] *Pueblo Saramaka vs. Surinam,*[417] *Tiu Tojín vs. Guatemala,*[418] *Xámok Kásek vs. Paraguay,*[419] *Chitay Nech y otros vs. Guatemala,*[420] *Fernández Ortega vs. México*[421] y *Rosendo Cantú y otra vs. México.*[422]

Las sentencias de reparaciones deberían asegurar un máximo de difusión posible entre las comunidades indígenas, incluyendo técnicas estratégicas y pedagógicas como recursos audiovisuales. La traducción a los idiomas nativos debe cuidarse igualmente. La difusión debe también alcanzar de manera adecuada a sectores no indígenas, para asegurar su reconocimiento.[423]

21. Recuperación de la memoria colectiva

En *Plan de Sánchez vs. Guatemala,* la Corte dispuso que el Estado debía entregar una cantidad determinada de dinero “para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez”. Según el Tribunal, “[e]llo contribuirá a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas”.[424]

En *Chitay Nech y otros vs. Guatemala,* la Corte ordenó que, con el propósito de preservar la memoria de Florencio Chitay Nech, víctima de desaparición forzada, en la comunidad a la que perteneció, el Estado debía colocar, en coordinación con las víctimas, en un lugar público significativo para los familiares, una placa conmemorativa en la que conste el nombre de Florencio Chitay y se haga alusión a las actividades que realizaba.[425]

En *Moiwana vs. Surinam*, la Corte ordenó al Estado construir un monumento que, según el propio Estado, estaría diseñado para conmemorar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana y para ser “un recordatorio para la nación entera de lo que sucedió y no deberá repetirse en el futuro”. El diseño y la ubicación del monumento debían ser resueltos en consulta con los representantes de las víctimas.[426]

Cuando se habla de la declaración de las víctimas en los procedimientos judiciales, sean éstos nacionales o internacionales, hay que tener en cuenta que la recolección del testimonio de las víctimas, si es realizada de manera adecuada y sensible a su cultura y situación personal, se traduce en fuente válida para establecer los hechos y contribuyen de manera efectiva a la identificación de posibles responsables, sin caer en la *re-victimización* del declarante. El mismo principio se aplica para los ejercicios de participación de las víctimas en las reparaciones, principalmente en aquellas de carácter colectivo. Para ello, sería necesaria una adecuada preparación del personal, con respecto la cultura y prácticas de la comunidad; acompañamientos psicosociales culturalmente sensibles también pueden ayudar mucho a nivel práctico, así como metodologías pedagógicas participativas adecuadas a la cultura, especialmente en los casos en que hay muchas víctimas involucradas.

---

[415] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 236.
[416] Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia, op. cit.,* párr. 174.
[417] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit.,* párr. 197.
[418] Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, op. cit.,* párrs. 106 a 108.
[419] Corte IDH. *Caso Xámok Kásek vs. Paraguay, op. cit.,* párrs. 298-299.
[420] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit*., párrs. 244-245.
[421] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit.,* párr. 247.
[422] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párr. 229.
[423] International Center for Transitional Justice (ICTJ), Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights trough Truth Commission: A Practitioner’s Resource, New York, 2012, p. 53.
[424] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 104.
[425] Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, op. cit.,* párr. 251.
[426] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit*., párr. 218.

Usualmente, estos procesos requieren fases de contacto en los que la confianza es un elemento crucial, y por ende, deben existir también fases o actividades de cierre, en las que se ofrezca una retroalimentación de los procesos. El acompañamiento psicosocial es fundamental en muchos casos, ya que puede servir además como intérprete cultural y apoyar en la creación de lazos de confianza para un trabajo más efectivo.[427]

22. Programas de vivienda, salud, producción, infraestructura y desarrollo

En *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, el Tribunal consideró que, dado que los habitantes de Plan de Sánchez perdieron sus viviendas como consecuencia del ataque que sufrieron, el Estado debía implementar un programa habitacional, mediante el cual se proveyera de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residían en dicha aldea.[428] En consideración al daño ocasionado tanto a los miembros de Plan de Sánchez como a los miembros de otras comunidades vecinas, el Tribunal dispuso que el Estado debía desarrollar los siguientes programas:

a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar;

b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal;

c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable;

d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y

e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento.[429]

En *Moiwana vs. Surinam*, en atención a que la operación militar realizada en la aldea Moiwana destruyó la propiedad de sus habitantes y forzó a los sobrevivientes a huir, la Corte estimó que Surinam debería crear un fondo de desarrollo por el monto US $1,200,000.00 (un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que sería destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas debían ser determinados por un comité de implementación conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado y el tercer miembro sería designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado.[430]

En *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte observó que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, así como las graves condiciones de vida a las que se vieron sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales debían ser valoradas por la Corte al momento de fijar las reparaciones.[431] De igual forma, “la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para la Comunidad Yakye Axa en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio

[427] Por ejemplo, Beristain recoge el siguiente testimonio de una psicóloga: “Estamos trabajando en Rabinal, en el caso del destacamento militar, y la Fundación quiere realizar análisis de ADN y esto ha generado conflictos culturales, porque la gente no entiende por qué le van a quitar un pedacito a su muerto y ese pedacito va a desaparece para siempre y su muerto ya no va a ser enterrado completo”. (Susana Navarro Psicóloga ECAP en Beristain, *op.cit.*, p. 522).

[428] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 105.

[429] *Ibidem.*, párr. 110.

[430] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.*, párrs. 214-215.

[431] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 202.

cultural a transmitirse a las futuras generaciones”.[432] Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte, conforme a la equidad, ordenó al Estado la creación de un programa y el establecimiento de un fondo de desarrollo comunitario que serían implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad. El programa comunitario consistiría en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. El fondo de desarrollo comunitario estaría compuesto por un depósito de US $950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), cuyo fin sería la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos debían ser determinados por un comité de implementación que, al igual que en el *Caso Moiwana*, estaría integrado por un representante de los indígenas, otro del Estado y un tercero de común acuerdo.[433]

En *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* y *Xákmok Kásek vs. Paraguay,* se ordenaron medidas de reparación idénticas, sólo que el fondo para la primera Comunidad ascendió a US $1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América)[434] y para la segunda a US $700.000,00 (setecientos mil de dólares de los Estados Unidos de América).[435]

Es importante que en la implementación de las reparaciones se encuentren involucrados grupos y autoridades indígenas locales para que las reparaciones tenga un sentido de validación por parte de la comunidad.[436] Como lo explica Giller:

> El gran peligro en proyectos como el nuestro es que en realidad dejar a la gente en una posición más vulnerable que antes, llevándolos a creer que sus maneras de hacer frente son de alguna manera inferior a los occidentales [...], donde la importancia del conocimiento indígena no se reconoce.[437]

Sin adecuado seguimiento, a largo plazo, las intervenciones a corto plazo puede ser perjudiciales. La mejor manera de proporcionar asistencia a largo plazo es mediante la construcción de la capacidad local.

Finalmente, es preciso cuidar los tiempos de la implementación con los tiempos de la comunidad, sus tiempos y procesos de toma de decisiones. Igualmente, las reparaciones no están estáticas en el tiempo, las demandas de la gente varían de acuerdo a sus necesidades, a los tiempos en que se ha implementado o no las diversas formas de reparación. Si una medida ha tomado mucho tiempo en implementar, por ejemplo, es posible que las comunidades hayan encontrado mecanismos alternativos de solución y por ende, sus necesidades hayan cambiado, haciendo necesario readaptar la reparación ordenada o su forma de implementación.

En el *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, la Corte indicó que “el rescate de la memoria del señor Escué Zapata debe hacerse a través de obras en beneficio de la Comunidad en la que él ejercía cierto tipo de liderazgo”. Para ello, el Tribunal estimó que el Estado debía destinar, la cantidad de US$ 40.000,00 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a un fondo que llevara el nombre de Germán Escué Zapata, para que la Comunidad lo invirtiera en obras o servicios de interés colectivo, “de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión, usos, costumbres y tradiciones, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región”.[438]

En *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte, luego de describir el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el Pueblo Saramaka, así como el impacto que

---

[432] *Ibidem*, párr. 203.

[433] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.*, párrs. 205-206.

[434] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, op. cit.,* párr. 224-225.

[435] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, op. cit.,* párr. 323.

[436] Un ejemplo exitoso de esto ha sido Canada’s Assembly of First Nations (AFN), que es una organización nacional que aportado elementos culturales muy valiosos a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá (ICTJ, *op. cit.*, p. 40).

[437] Giller, J., “Caring for ‘Victims of Torture’ in Uganda: Some Personal Reflections”, en Bracken, P.J. & Petty, C. (Eds.), Rethinking the Trauma of War, Free Association Books, Londres, 1998, p. 142 (traducción de los autores).

[438] *Ibidem*, párr. 168.

ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, "no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el Pueblo Saramaka tiene con su territorio", se refirió al "sufrimiento y la angustia" que el Pueblo atravesó como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio, así como "la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a dicho derecho". Todo ello fue calificado como una "denigración de sus valores culturales y espirituales".[439] En tal sentido, y como una forma de reparación por las mencionadas alteraciones en el tejido comunal, la Corte ordenó, en equidad, que el Estado asignara la suma de US$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América) a un fondo de desarrollo comunitario. Dicho fondo tendría como objetivo "financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka".[440]

23. Garantías de seguridad

En el *Caso Moiwana vs. Surinam*, los miembros de la Comunidad no deseaban regresar a sus tierras tradicionales hasta que el territorio sea "purificado", de acuerdo con los rituales culturales, y ya no tengan temor de que se presentaran nuevas hostilidades en su contra. Al respecto, el Tribunal indicó que "[n]inguna de estas dos condiciones se presentarán sin que haya una investigación y proceso judicial efectivos, que tengan como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables". Mientras se realizaran estos procesos, hasta su culminación, "sólo los miembros de la comunidad pueden decidir cuándo sería apropiado el regreso a la aldea de Moiwana". Cuando los miembros de la Comunidad estuvieren satisfechos que se ha hecho lo necesario para que pudieran regresar, el Estado debía garantizar su seguridad. A tales efectos, la Corte dispuso que cuando los miembros de la Comunidad regresaran a dicha aldea, el Estado debía enviar representantes oficiales cada mes a la aldea durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales los miembros de la comunidad expresaren preocupación en relación con su seguridad, el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serán diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas.[441]

24. Programas de capacitación a funcionarios públicos

En el *Caso Fernández Ortega vs. México,* relativo a la violación sexual de una mujer indígena, la Corte dispuso que el Estado debía continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual, que incluyeran una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos debían impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, estado en el que vivía la víctima, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyeran la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia.[442] Asimismo, la Corte consideró importante "fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, a fin de evitar que hechos como los ocurridos en el presente caso se repitan". Para ello, el Estado debía implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos que incluyera, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos.[443] Estas órdenes fueron reiteradas por la Corte en el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*.[444]

---

[439] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, op. cit.*, párr. 200.
[440] *Ibidem*, párr. 201.
[441] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, op. cit.,* párr. 212.
[442] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México, op. cit*, párr. 260.
[443] *Ibidem*, párr. 262.
[444] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, op. cit.,* párrs. 246 y 249.

25. Riesgos

Hasta aquí se ha analizado todos los posibles beneficios que tiene adecuar las medidas de reparación a los contextos y perspectivas culturales donde se llevan a cabo. Sin embargo, es imprescindible tener en cuenta algunos de sus potenciales riegos o elementos que se deben cuidar en este tipo de procesos.

El diseño e implementación de reparaciones culturalmente sensible conlleva estudios especializados y adecuados a los contextos propios donde se produjeron las violaciones, de lo contrario existe el riesgo de generalizar las medidas de reparación, y pretender aplicar "recetas culturales", (*si esto funcionó en la comunidad tal, aquí también funcionaría*), es preciso que exista una adecuación de las medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.

Los elementos culturales en muchas situaciones de violación de derechos humanos, e incluso en ausencia de ésta, son susceptibles de ser manipulados, tergiversados y hasta politizados. Muchas veces ciertos argumentos que se basan en cuestiones de pluralidad cultural pueden convertirse en elementos que promueven una cultura de impunidad. En otros casos, se pueden tomar y dar por sentados ciertos aspectos culturales como si fueran estáticos en el tiempo, corriéndose el riesgo de perennizarlos; o se utilizan características culturales como estereotipos y de forma discriminatoria, sin analizar las causas estructurales de los problemas.

Otro riesgo, puede ser que muchos de estos grupos mantienen formas de participación y toma de decisiones que dejan por fuera total o parcialmente a subgrupos que pueden quedar en situaciones de vulnerabilidad, como niños, niñas y mujeres.

El cuadro a continuación sintetiza los principales beneficios de incorporar reparaciones culturalmente sensibles, así como los potenciales riesgos o los aspectos que es necesario cuidar en su proceso de implementación.

Reparaciones culturalmente sensibles	
Beneficios	**Aspectos que cuidar**
Enfoques participativos e integrales	Riesgo de generalizar, requiere especificidad, adecuación de medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.
Mayor legitimidad	Requiere estudios cualitativos y cuantitativos bien realizados (peritajes, análisis etnográficos, encuestas, etc.)
Mayor eficacia de las medidas reparativas	Puede re-victimizar, si no son adecuadas o se las usa para estigmatizar y discriminar.
Pueden servir para alcanzar reconciliación	Perennizar y justificar impunidad.
Enfoques complementarios culturalmente (visión occidental-cosmovisiones indígenas)	Mujeres, niños, niñas y otros subgrupos pueden quedar invisibilizados.

IV. Conclusiones

El presente trabajo ha descrito toda la jurisprudencia de la Corte en materia de pueblos indígenas y tribales, clasificándola en dos grandes grupos. El primero dedicado a la jurisprudencia en cuanto al fondo del asunto, es decir, las violaciones decretadas por la Corte de los derechos consagrados en la CADH. El segundo, relativo a las medidas de reparación que se han dispuesto para mitigar, subsanar o indemnizar las violaciones decretadas, así como para prevenir futuras violaciones.

Las sentencias de la Corte Interamericana, por la manera en que han abordado los complejos casos de pueblos indígenas, y por la innovación y sensibilidad cultural de las reparaciones que ha ordenado constituyen *per se* una forma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de la historia de violencia de la han sido y continúan, en muchos casos, siendo víctimas. La flexibilidad y apertura por parte de la Corte para desarrollar una interlocución válida con los sistemas consuetudinarios ha permitido posicionar al Sistema Interamericano como uno de los sistemas pioneros y que mayores desarrollos ha alcanzado en este tipo de problemáticas; no en vano la Corte Penal Internacional y el Sistema Africano de Derechos Humanos han tornado su interés hacia las sentencias que produce este Tribunal, a manera de guía en cuanto buenas prácticas y desafíos que se esperan en casos de violaciones colectivas y con componentes étnicos de gran complejidad.

Como se indicó al inicio de este capítulo, la jurisprudencia de la Corte que se ha presentado es de suma importancia para los jueces y tribunales nacionales, no sólo porque las decisiones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento para los Estados condenados, sino que todas las instancias judiciales de la región deben ejercer un control de convencionalidad, que tome en cuenta tanto el tratado, esto es la Convención Americana, como la interpretación que la Corte ha hecho de él.

Es de resaltar nuevamente que la interpretación que la Corte ha realizado de las cláusulas convencionales ha pretendido traer a tiempo presente un tratado internacional que no estuvo diseñado para proteger concretamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La Corte ha buscado, con éxito, integrar la Convención a los nuevos avances que se han producido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales de los Estados de la región. Temas como tierras y territorios indígenas, identidad cultural, recursos naturales, lengua propia, y demás, han sido reconocidos por la Corte como elementos fundamentales para preservar y promover las culturas originarias y tribales de nuestro continente.

Estos esfuerzos de la Corte no son cuestiones acabadas (y no podrían serlo), sino que deben continuar realizándose en los futuros casos que lleguen a presentarse. Temas como el derecho o la justicia indígena, el vestuario, acceso o repatriación de objetos de culto indígena, y demás, son cuestiones que el Tribunal no ha podido pronunciarse por falta de casos o por falta de solicitudes de opinión consultiva.

El Tribunal, además, tiene aún pendiente clarificar cuestiones que no están completamente definidas. Por mencionar dos ejemplos, la titularidad de los derechos indígenas y la supuesta diferencia entre consulta y consentimiento. Se indicó en este capítulo que la Corte ha mantenido una posición reacia a reconocer que los pueblos y comunidades, como entes colectivos, son titulares de los derechos garantizados en la Convención. Únicamente los miembros de dichos pueblos son reconocidos por la Corte como los sujetos de derecho. Las pocas explicaciones de esta reticencia han provenido de votos particulares de ciertos jueces, pero el Tribunal en su conjunto no ha explicado los motivos que le han llevado a no otorgar derechos a las colectividades. La Comisión Interamericana, por su parte, continúa alegando en cada caso que los miembros del pueblo y el pueblo mismo son víctimas de violaciones a los derechos convencionales. Esperamos que la Corte en uno de los tres casos que tiene pendientes de resolver (*Norín Catriman, Masacres de Río Negro, y Sarayaku)* brinde algún explicación de su postura, o mejor aún, la modifique y siga la de la Comisión.

El segundo tema que requiere de mayor análisis es la diferencia entre consulta y consentimiento. Como se expuso líneas arriba, parecería ser que la Corte ha derivado un derecho al veto, y que los precedentes internacionales que supuestamente justificarían su decisión no muestran mayor contundencia. El *Caso Sarayaku,* que muy probablemente se resuelva antes de que este comentario se encuentre en manos del lector, será el caso que, esperamos, nos traiga luces.

En suma, la Corte IDH ha realizado una excelente labor en la fijación de estándares regionales para la protección de los derechos indígenas. Corresponde ahora que los Estados del continente respeten y sigan esos lineamientos, caso contrario serán estándares de papel que nosotros seguiremos leyendo, pero los indígenas no los estarán viviendo.

Las reparaciones a los pueblos indígenas nos confrontan con los cuestionamientos ético-políticos más profundos que como sociedades atravesamos. En nada sorprende que las violaciones de derechos humanos a pueblos indígenas se den en contextos de exclusión social, estigmatización y discriminación. Estos son problemas que aquejan al continente americano desde su misma ¨fundación” y su pasado de violencia. Confrontar al derecho, a los Estados, a las personas en general, a reconocer que ese pasado no está tan lejos, sino que se hace presente en cada uno de estos casos, sin duda no es tarea fácil. El dolor y el horror sufrido por las comunidades indígenas de los casos analizados nos confrontan a la penosa realidad de la exclusión y el racismo. Es obvio que la diferencia en el “otro” aún nos asusta y nos violenta, quizá nos duele reconocer que compartimos el pasado y las raíces con estos pueblos. América Latina es una, mestiza, negra, canela, de maíz, mar y montaña.

Indice temático

D

G

H

I

R

S

V

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer tiene el gusto de presentar este Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La obra pretende ser una herramienta accesible, para conocer el alcance de los derechos de este instrumento regional; ya que resume, de forma concisa e integral, las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre cada artículo. Incluye además opiniones académicas relevantes, las referencias al sistema internacional de derechos humanos y de derecho comparado, que pueden ayudar a perfilar y contextualizar el contenido de un determinado precepto.

El material que el lector tiene en sus manos es el esfuerzo conjunto de expertos de todo el continente, el cual inició en diciembre de 2011 y que entregamos con este libro como un instrumento de apoyo al operador jurídico y a la academia. Se trata, pues, de facilitar la labor del abogado, defensor de derechos humanos, juez, letrado, y demás funcionarios judiciales, en cualquier lugar de Latinoamérica. Esperamos que el Comentario cumpla con su función y se nutra en los años venideros con una jurisprudencia mucho más especializada, que demuestre una nueva etapa en la protección de los derechos humanos en el continente.

Con el apoyo de:



Implementada por:







TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL